Der contrat d'adhésion und der Schutz des Adherenten vor unbilligen Allgemeinen Geschäftsbedingungen im französischen und deutschen Recht

Dissertation

zur Erlangung des Doktorgrades

der Juristischen Fakultät

der Georg-August-Universität zu Göttingen

vorgelegt von

GEORG SCHRÖDER

aus Blekendorf in Holstein

Göttingen ~~1967~~ 1966

Der contrat d'adhésion und der Schutz des Adherenten vor unbilligen Allgemeinen Geschäftsbedingungen im französischen und deutschen Recht

Dissertation

zur Erlangung des Doktorgrades

der Juristischen Fakultät

der Georg-August-Universität zu Göttingen

vorgelegt von

GEORG SCHRÖDER

aus Blekendorf in Holstein

Göttingen 1967

Berichterstatter: Professor Dr. Deutsch

Mitberichterstatter: Professor Dr. Gamillscheg

Tag der mündlichen Prüfung: 19. Juli 1966

Druck: Kleinoffsetdruckerei Kurt Urlaub, Bamberg

Inhalt

Literaturverzeichnis VII

Abkürzungsverzeichnis XII

Einleitung

I. Kapitel Der contrat d'adhésion 1

§ 1 Wesen, Begriff und Merkmale des contrat d'adhésion 1

I. Contrat d'adhésion und klassischer Individualvertrag 1

II. Die Merkmale des contrat d'adhésion 4

1. Übereinstimmend geforderte Merkmale 4

2. Zusätzlich geforderte Merkmale 6

III. Definition des contrat d'adhésion 7

§ 2 Die Anwendbarkeit der klassischen Vertragstheorie auf den contrat d'adhésion 7

I. Bedenken der französischen Rechtslehre gegen ihre Anwendbarkeit 7

II. Der Einfluß von Wirtschaftsverfassung und philosophischen Grundauffassungen auf die Gestaltung des Vertragsrechts im Code Napoléon 12

1. Die französische Wirtschaftsverfassung zur Zeit der Verfassung des Code Napoléon und ihre Wandlungen 12

2. Die philosophischen Grundlagen des Code Napoléon 13

A. Individualistische Rechtsauffassung 13

B. Willensautonomie 14

C. Vertragsfreiheit - Ausfluß der Willensautonomie 17

III. Die Bestimmungen der Art. 1134 Abs. I und 1156 C. civ. als Ausdruck der Willensautonomie 18

1. Die Anordnung absoluter Vertragstreue im Art. 1134 Abs. I C. civ. 18

2. Die Vertragsauslegung - Art. 1156 ff C. civ. 20

A. Die gesetzlichen Grundlagen 20

B. Kritik der streng subjektiven Auslegungstheorie 21

C. Die gemäßigt subjektive Auslegungstheorie der herrschenden Lehre 22

D. Die Vertragsauslegung in der Rechtsprechung 24

a. Bekenntnis zu der in der Lehre herrschenden Auslegungstheorie 24

b. Die Theorie von der "clause claire et précise" 25

c. Die "obligation de sécurité" 27

d. Die Nachprüfung der Vertragsauslegung durch den Kassationshof 29

§ 3 Die Lehrmeinungen zur Rechtsnatur und Auslegung des contrat d'adhésion 32

I. Die Rechtsnatur des contrat d'adhésion 32

1. Einleitung 32

2. Die Antivertragstheorien (théories anticontractuelles) 32

A. Die Theorie Saleilles' 33

B. Die Theorie Haurious 33

C. Die Theorie Duguits 34

3. Die Theorien von der Doppelnatur des contrat d'adhésion 35

A. Die Theorie Gounots 35

B. Die Theorie Louis-Lucas' 36

4. Die herrschende Vertragstheorie 37

II. Die Auslegung des contrat d'adhésion 40

1. Die Auslegung nach der Antivertragstheorie - Hauriou und Saleilles - 41

2. Die Auslegungsmethode nach Demogue 43

3. Die Auslegungsmethode nach Dereux 45

§ 4 Die Rechtsprechung zum contrat d'adhésion 50

I. Die Haltung der französischen Gerichte gegenüber dem contrat d'adhésion im Allgemeinen 50

II. Die Gültigkeitsvoraussetzungen des consentement im Sinne des Art. 1108 C. civ. 52

1. Ausdrückliches Einverständnis des Adherenten mit dem Vertragsinhalt 52

2. Stillschweigende Übereinkunft 53

A. Bedeutung der öffentlichen Bekanntmachung Allgemeiner Vertragsbedingungen 55

B. Das Wirksamwerden von Haftungsausschluß- und Haftungsbeschränkungsklauseln 56

C. Die Arbeits- und Betriebsordnung 58

D. Das kaufmännische Bestätigungsschreiben und die Rechnung 60

III. Die Auslegung des contrat d'adhésion durch die Gerichte 62

1. Unklarheitenregel 62

2. Vorrang der individuellen Regelung gegenüber Allgemeinen Bestimmungen 63

3. Die "interprétation large" zugunsten des Adherenten 63

§ 5 Die ablehnende Haltung der französischen Gerichte, Rechtslehre und Gesetzgebung gegenüber einer reinen Billigkeitsrechtsprechung 65

II. Kapitel Das Recht der Allgemeinen Geschäftsbedingungen 68

§ 6 Das Vertragsrecht des BGB und seine Anwendbarkeit auf den modernen Massenvertrag 68

§ 7 Der Geltungsgrund Allgemeiner Geschäftsbedingungen 70

I. Die Übernahme der Allgemeinen Geschäftsbedingungen in den Einzelvertrag 70

1. Ausdrückliche Vereinbarung Allgemeiner Geschäftsbedingungen 71

2. Typisierte Tatbestände bei der stillschweigenden "Unterwerfung" des Adherenten unter die Allgemeinen Geschäftsbedingungen 72

A. Die Geschäftsverbindung 72

B. In Katalogen, Preislisten und Prospekten enthaltene Allgemeine Geschäftsbedingungen 73

C. Das Bestätigungsschreiben 73

D. Die Rechnung 74

3. Geltung der Allgemeinen Geschäftsbedingungen trotz fehlender Kenntnis des Adherenten von ihrem Bestehen 75

A. Die Rechtsprechung des Reichsgerichts und des Bundesgerichtshofs 75

B. Die Erklärungsversuche im Schrifttum 77

a. Normierende Verkehrssitte (Raiser) 77

b. Sozialer Kontakt (Krause) 78

c. Culpa in contrahendo (Meeske) 79

d. Normativer Charakter Allgemeiner Geschäftsbedingungen (Hamann) 79

e. Imperativcharakter Allgemeiner Geschäftsbedingungen 81

f. Geltung Allgemeiner Geschäftsbedingungen "von Rechts wegen" (Flume) 81

§ 8 Die Auslegung Allgemeiner Geschäftsbedingungen 82

I. Die Methode der Vertragsauslegung und ihre Anwendbarkeit auf Allgemeine Geschäftsbedingungen 82

II. Die objektive und generelle Auslegung Allgemeiner Geschäftsbedingungen 83

1. Verständnismöglichkeit des typischen Adherenten 83

2. Berücksichtigung der ungewöhnlichen Sachkunde des Adherenten 85

3. Der Begriff der "gesetzesähnlichen" Auslegung Allgemeiner Geschäftsbedingungen 86

4. Die Unklarheitenregel - in dubio contra stipulatorem - 88

5. Kritik der Unklarheitenregel 89

6. Die restriktive Auslegung der den Adherenten belastenden Allgemeinen Geschäftsbedingungen 90

7. Die Revisibilität der Auslegung Allgemeiner Geschäftsbedingungen 91

§ 9 Die Grenzen inhaltlicher Gestaltung Allgemeiner Geschäftsbedingungen 92

I. Die Notwendigkeit einer Gültigkeitskontrolle Allgemeiner Geschäftsbedingungen 92

II. Die Rechtsprechung zum Monopolmißbrauch auf der Grundlage des § 138 BGB 93

1. Die Rechtsfolgen der Nichtigkeit Allgemeiner Geschäftsbedingungen 95

2. Kritik der Rechtsprechung zum Monopolmißbrauch 97

III. Der Schutz des Adherenten in der Rechtsprechung auf der Grundlage des § 242 BGB 98

1. Die unzulässige Rechtsausübung 98

2. Die generelle Gültigkeitskontrolle 98

IV. Die Lösungsversuche der Rechtslehre 99

1. Begrenzung der Vertragsfreiheit 99

2. Der Rechtsgedanke des § 315 BGB 101

3. Das Sozialstaatsprinzip 103

V. Konkretisierung der Grenzen bei der inhaltlichen Gestaltung Allgemeiner Geschäftsbedingungen 104

§ 10 Die Kontrolle Allgemeiner Geschäftsbedingungen durch die Verwaltung 107

I. Vorzüge der Verwaltungskontrolle 107

II. Genereller Genehmigungsvorbehalt 107

III. Mißbrauchsaufsicht 108

§ 11 Die Einflußnahme des Gesetzgebers auf Allgemeine Geschäftsbedingungen durch Sondergesetze 108

Wesentliche Ergebnisse 109

Literaturverzeichnis

Frankreich/Belgien

Baudry-Lacantinerie-Barde, Traité théorique et pratique de Droit civil, Bd. VII, 3. Aufl., Paris 1906

Boulanger — Encyclopédie Dalloz, Droit civil, Paris 1951

Carbonnier — Droit civil, Bd. II, Paris 1957

Colin-Capitant-de la Morandière, Traité de Droit civil, Bd. II, Paris 1959

Dekkers — Précis de Droit civil belge, Bd. II, Brüssel 1955

Demogue — Traité des obligations en général, Bd. II, Paris 1923

Dereux — De l'interprétation des actes juridiques privés, Thèse Paris 1905

Dereux — De la nature juridique des "contrats d'adhésion", Rev.Trim. 1910,503 ff

Dollat — Les contrats d'adhésion, Thèse Paris 1905

Domergue — Etude d'ensemble sur le contrat d'adhésion, Thèse Toulouse 1935

Duguit — Les transformations générales du droit privé depuis le Code Napoléon, 2. Aufl., Paris 1920

Farjat — L'ordre public économique, Paris 1963

Fortier — Des pouvoirs du juge en matière de contrats d'adhésion, Thèse Dijon 1909

Fouillée — La science sociale contemporaine, 2. Aufl., Paris 1898

Gaudemet — Théorie générale des obligations, Paris 1937

Gounot — Le principe de l'autonomie de la volonté en droit privé, Thèse Dijon 1912

Gounot — La liberté des contrats et ses justes limites, Semaines sociales de France, 1938,321 ff

Hauriou — Principes de Droit public, Paris 1910

Hémard — Précis élémentaire de Droit civil, Bd. II, 2. Aufl., Paris 1932

Josserand — Le contrat dirigé, D.H. 1933, Chronique, 89 ff

Josserand — Aperçu général des tendances actuelles de la théorie des contrats, Rev.Trim. 1937,1 ff

Josserand — L'essor moderne du concept contractuel, Etudes en l'honneur de F. Gény, Bd. II,340 ff

Lagrange — L'intervention du juge dans le contrat, Thèse Montpellier 1935

Louis-Lucas — Volonté et cause, Thèse Dijon 1918

Marty — La distinction du fait et du droit, Thèse Toulouse 1929

Marty — Rôle du juge dans l'interprétation des contrats, Travaux de l'Association Henri Capitant, 1950,84 ff

Marty-Raynaud — Droit civil, Paris, Bd. I 1956, Bd. II 1962

Mazeaud (Henri und Léon), Pouvoirs des juges dans l'interprétation des contrats, Rev.Trim. 1948,332 f

Mazeaud (Henri, Léon und Jean), Leçons de Droit civil, Paris, Bd. I, 3. Aufl. 1963, Bd. II, 2. Aufl. 1962

Meynial — La déclaration de volonté, Rev.Trim. 1902,545 ff

Missol — L'assurance contrat d'adhésion et le problème de la protection de l'assuré, Thèse Lyon 1934

de la Morandière, Précis de Droit civil, Bd. II, Paris 1961

de Page — Traité élémentaire de Droit civil belge, Bd. II, 3. Aufl., Brüssel 1964

Perreau — Une évolution vers un Statut légal des Contrats, Etudes en l'honneur de F. Gény, Bd. II,354 ff

Pichon — Des contrats d'adhésion. Leur interprétation et leur nature, Thèse Lyon 1912

Plaisant — Le contrôle de la Cour de cassation en matière de contrats, G.P. 1946.1.Doctrine,26 f

Planiol-Ripert-Esmein, Traité pratique de Droit civil français, Bd. VI., 2. Aufl., Paris 1952

Ripert — La règle morale dans les obligations civiles, 4. Aufl., Paris 1949

Ripert — Le régime démocratique et le droit civil moderne, 2. Aufl., Paris 1948

Ripert-Boulanger, Traité de Droit civil, Bd. II, Paris 1957

Rouast — Le respect des engagements librement consentis et le contrat dirigé, Semaines sociales de France, 1938,342 ff

Rousseau — Du contrat social, Ausgabe Garnier Frères, Paris 1962

Saleilles — De la déclaration de volonté, Paris 1901

Saleilles — Lettre sur le contrat de travail, Bulletin de la Société d'Etudes législatives, 1906,215

Sallé — L'évolution technique du contrat et ses conséquences, Paris 1930

Zaksas — Les transformations du contrat et leur loi, Thèse Toulouse 1939

Patry (Schweiz) — Les contrats d'adhésion comme source de droit, Festgabe für den Schweizerischen Juristenverein, Bern 1955

Deutschland

Baumbach-Duden — Handelsgesetzbuch, 16. Aufl., München und Berlin 1964

Baur — Die Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs in Zivilsachen, JZ 1953,30 ff

Benkard — Zur Geltung der Allgemeinen Deutschen Spediteurbedingungen, BB 1953,782 ff

Bernhardt — Die Allgemeinen Geschäftsbedingungen als Rechtsnormen, DR 1942,1171 ff

Brandner — Die Umstände des einzelnen Falles bei der Auslegung und Beurteilung von allgemeinen Geschäftsbedingungen, AcP 162,237 ff

Brandt — Die allgemeinen Geschäftsbedingungen und das sogenannte dispositive Recht, DRW 1940,76 ff

v. Brunn — Die formularmäßigen Vertragsbedingungen der deutschen Wirtschaft, 2. Aufl., Köln und Berlin 1956

v. Brunn — Zur Schadensersatzpflicht im modernen Industrierecht, NJW 1951,103 f

v. Brunn — Über unlautere Geschäftsbedingungen, AcP 159,547 ff

v. Caemmerer — Verlängerter Eigentumsvorbehalt und Bundesgerichtshof, JZ 1953,97 ff

Clauß — Zur Auslegung unklarer Allgemeiner Geschäftsbedingungen, NJW 1954,905 ff

Coing — Allgemeine Rechtsgrundsätze in der Rechtsprechung des Reichsgerichts zum Begriff der "guten Sitten", NJW 1947/48,213 ff

Dahm — Deutsches Recht, 2. Aufl., Stuttgart 1963

Dilcher — Typenfreiheit und innaltliche Gestaltungsfreiheit bei Verträgen, NJW 1960,1040 ff

Droste — Das Recht der Allgemeinen Geschäftsbedingungen, Betrieb 1957, Beilage 10

Ehrenberg (Victor), Versicherungsrecht, Leipzig 1893

Esser — Schuldrecht, 2. Aufl., Karlsruhe 1960

Etzler — Der Geltungsgrund Allgemeiner Geschäftsbedingungen, Diss. Göttingen 1960

Ewald — Wettbewerbsfreiheit und Allgemeine Deutsche Spediteurbedingungen, BB 1951,882 ff

Fischer — Die allgemeinen Geschäfts- und Lieferungsbedingungen, BB 1957,481 ff

Flume — Rechtsgeschäft und Privatautonomie, Festschrift zum hundertjährigen Bestehen des deutschen Juristentages, Karlsruhe 1960

Flume	Allgemeiner Teil, Bd. II, Berlin und Heidelberg 1965
Großmann-Doerth,	Selbstgeschaffenes Recht der Wirtschaft und staatliches Recht, Freiburg 1933
Haidinger	Unklarheitenregel bei der Auslegung von Allgemeinen Versicherungsbedingungen und Allgemeinen Geschäftsbedingungen, VersR 1955,370 f
Haidinger	Grundfragen des Versicherungsrechts in der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs, Festgabe für Prölss, Karlsruhe 1957
Hamann	Über die Verbindlichkeit der "Allgemeinen Deutschen Spediteurbedingungen" (ADSp), MDR 1949,209 ff
Hanau	Objektive Elemente im Tatbestand der Willenserklärung, AcP 165,220 ff
Haupt	Vertragsfreiheit und Gesetz, ZAkDR 1943,84 ff
Helm	Die Ausdehnung des Schutzbereichs allgemeiner Geschäftsbedingungen auf die Haftung der Arbeitnehmer, AcP 161,516 ff
Helm	Private Norm und staatliches Recht beim Massenvertrag, JuS 1965,121 ff
Herrmann	Eingedämmte Generalklauseln, JZ 1955,183 f
Herschel	Die Vertragsordnung als Rechtsnorm, DR 1942,753 ff
Hildebrandt	Zulässigkeit und Wirkung von allgemeinen Geschäftsbedingungen, JR 1955,325 ff
Hurst	Inwieweit kann Gesetzesrecht durch allgemeine Geschäftsbedingungen abbedungen werden?, Diss. Köln 1958
Isele	Grundprobleme der Allgemeinen Geschäftsbedingungen, JuS 1961,308 ff
Kost	Zur Auslegung allgemeiner Geschäftsbedingungen, Diss. Kiel 1933
Krause	Allgemeine Geschäftsbedingungen und das Prinzip des sozialen Rechtsstaats, BB 1955,265 ff
Larenz	Die Methode der Auslegung des Rechtsgeschäfts, Leipzig 1930
Larenz	Geschäftsgrundlage und Vertragserfüllung, 2. Aufl., München und Berlin 1957
Larenz	Schuldrecht, Allgemeiner Teil, 7. Aufl., München und Berlin 1964
Laufke	Die Allgemeinen Geschäftsbedingungen, Referat auf der Tagung der deutschen Zivilrechtslehrer in Bad Dürkheim, 1955, Tagungsbericht von Baur, JZ 1955,714 f

Lehmann	Allgemeiner Teil, 12. Aufl., Berlin 1960
Lukes	Der Kartellvertrag, München und Berlin 1959
Lukes	Gedanken zur Begrenzung des Inhalts Allgemeiner Geschäftsbedingungen, Festschrift für A. Hueck, München und Berlin 1959
Lukes	Grundprobleme der Allgemeinen Geschäftsbedingungen, JuS 1961,301 ff
Lukes	§ 315 BGB als Ausgangspunkt für die Inhaltskontrolle allgemeiner Geschäftsbedingungen, NJW 1963,1897 ff
Meeske	Die "Unterwerfung" unter Allgemeine Geschäftsbedingungen, BB 1959,857 ff
Mroch	Zum Kampf gegen die unlauteren Geschäftsbedingungen, Karlsruhe 1960
Nipperdey	Kontrahierungszwang und diktierter Vertrag, Jena 1920
Pagenstecher	Sittenwidrige Lieferungsbedingungen, Marburg 1943
Prölss	Versicherungsvertragsgesetz, 14. Aufl., München und Berlin 1963
Raiser	Das Recht der Allgemeinen Geschäftsbedingungen, Hamburg 1935
Raiser	Rechtsschutz und Institutionenschutz im Privatrecht, summum ius summa iniuria, Tübingen 1963
Kommentar der Reichsgerichtsräte	zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Bd. I, Allgemeiner Teil, 11. Aufl., Berlin 1959 (zit. RGR-Komm.)
Ritter	Das Recht der Seeversicherung, Bd. I, Hamburg 1922
Roquette	Die Typisierung des Vertragsinhalts durch allgemeine Vertragsbedingungen, JW 1938,545 ff
Schmid-Loßberg	Die Geltung der Allgemeinen Deutschen Spediteur-Bedingungen (ADSp), MDR 1949,609 f
Schmid-Loßberg	Wettbewerbsfreiheit und Allgemeine Deutsche Spediteurbedingungen, BB 1952,103 f
Schwinge	Grundlagen des Revisionsrechts, 2. Aufl., Bonn 1960
Soergel	Bürgerliches Gesetzbuch, Bd. I, 9. Aufl., Stuttgart 1959, herausgegeben von Siebert, (zit. Soergel-Siebert)
Staudinger	Bürgerliches Gesetzbuch, Bd. I, Allgemeiner Teil, 11. Aufl., Berlin 1957
v. Tuhr	Der Allgemeine Teil des Deutschen Bürgerlichen Rechts, Bd. II, 2, München und Leipzig 1910

Abkürzungsverzeichnis

a. A.	anderer Ansicht
a. a. O.	am angeführten Ort
AcP	Archiv für die civilistische Praxis
ADSp	Allgemeine Deutsche Spediteurbedingungen
Anm.	Anmerkung
BB	Der Betriebsberater
Betrieb	Der Betrieb
BGB	Bürgerliches Gesetzbuch
BGH	Bundesgerichtshof
BGHZ	Entscheidungen des Bundesgerichtshofs in Zivilsachen
Cass.	Cour de cassation
Ch.réun.	Chambres réunies de la Cour de cassation
Chron.	Chronique
C.civ.	Code civil
Civ.	Chambre civile, section civile de la Cour de cassation
Com.	Section commerciale et financière de la Chambre civile de la Cour de cassation
D	Recueil Dalloz
D.A.	Dalloz analytique
D.C.	Dalloz critique
D.H.	Dalloz hebdomadaire
DJT	Deutscher Juristentag
D.P.	Dalloz périodique
DR	Deutsches Recht
DRW	Deutsche Rechtswissenschaft
G.P.	Gazette du Palais
HRR	Höchstrichterliche Rechtsprechung
J.C.P.	Jurisclasseur Périodique
JJ	Jherings Jahrbücher für die Dogmatik des Bürgerlichen Rechts
JR	Juristische Rundschau
JuS	Juristische Schulung
JW	Juristische Wochenschrift
JZ	Juristenzeitung

LG	Landgericht
LZ	Leipziger Zeitschrift für Deutsches Recht
MDR	Monatsschrift für Deutsches Recht
NJW	Neue Juristische Wochenschrift
OLG	Oberlandesgericht
Req.	Chambre des requêtes de la Cour de cassation
Rev.Trim.	Revue trimestrielle de Droit civil
RG	Reichsgericht
RGR-Komm.	Kommentar der Reichsgerichtsräte
RGZ	Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen
S	Recueil Sirey
S.A.	Seufferts Archiv für Entscheidungen oberster Gerichte
Soc.	Section sociale de la Chambre civile de la Cour de cassation
Somm.	Sommaire
Trib.civ.	Tribunal civil
Trib.com.	Tribunal de commerce
VersR	Versicherungsrecht
Warn.	Rechtsprechung des Reichsgerichts, herausgegeben von Warneyer
ZAkDR	Zeitschrift der Akademie für Deutsches Recht

Einleitung

Die Rechtsfigur des contrat d'adhésion hat in der deutschen Rechtslehre bisher nur wenig Beachtung gefunden; allein Raiser widmet in seinem Buch, Das Recht der allgemeinen Geschäftsbedingungen, diesem von der französischen Rechtslehre entwickelten Begriff einige Betrachtungen, ohne jedoch ein vollständiges Bild zu vermitteln.

Die vorliegende Arbeit möchte zunächst die Lehre vom contrat d'adhésion - dem modernen Massenvertrag - darstellen und des weiteren untersuchen, wie die französische Rechtslehre und Rechtsprechung das Problem, den Adherenten vor unbilligen Geschäftsbedingungen zu schützen, gelöst haben.

In einem zweiten Hauptteil sollen die Lösungen des deutschen Rechtskreises aufgezeigt werden, dessen Hauptaugenmerk stets den Verträgen auf der Grundlage Allgemeiner Geschäftsbedingungen galt.

I. Kapitel

Der contrat d'adhésion

§ 1 Wesen, Begriff und Merkmale des contrat d'adhésion

I. Contrat d'adhésion und klassischer Individualvertrag

Das Rechtsgebilde des contrat d'adhésion ist die Antwort der französischen Rechtswissenschaft auf die Wandlungen, die sich seit 1804[1] auf dem sozialen und wirtschaftlichen Sektor vollzogen haben[2]; wirtschaftliche Machtkonzentrationen und eine hochgradige Arbeitsteilung, die eine vollständige Abhängigkeit des einzelnen von den Leistungen anderer zur Folge hatten, waren die wichtigsten Ergebnisse dieser Wandlungen[3].

Nach der Vorstellung der Verfasser des Code Napoléon wird ein Vertrag von rechtlich und wirtschaftlich gleichgestellten Partnern frei ausgehandelt, die zunächst ihre widerstreitenden Interessen darlegen und diskutieren, gegenseitig Zugeständnisse machen und schließlich eine Vereinbarung treffen, deren Bestimmungen sie abgewogen haben und die wirklich der Ausdruck ihres gemeinsamen Willens ist[4].

Dieser Vertragstypus entsprach der wirtschaftlichen und sozialen Wirklichkeit zu Beginn des 19. Jahrhunderts[5]; er ist

---

1) Beginn der Napoleonischen Kodifikation

2) Missol, L'assurance contrat d'adhésion et le problème de la protection de l'assuré, S. 7

3) Dollat, Les contrats d'adhésion, S. 124

4) Gounot, Le principe de l'autonomie de la volonté en droit privé, S. 13; Dereux, De l'interprétation des actes juridiques privés, S. 152; ders., De la nature juridique des "contrats d'adhésion", S. 503; Colin-Capitant-de la Morandière, Traité de Droit civil, Bd. II, Nos. 581 f; Mazeaud, Leçons de Droit civil, Bd. II, Nos. 30 u. 87

5) Vgl. Gaudemet, Théorie générale des obligations, S. 52

auch heute noch eine alltägliche Erscheinung im Rechtsleben. Neben diesem klassischen Vertrag[1] hat sich jedoch infolge der veranderten Wirtschaftsverfassung ein Vertragstypus entwickelt, den man in der französischen Doktrin[2] seit Saleilles' bekanntem Werk "De la déclaration de volonté" aus dem Jahre 1901 allgemein als contrat d'adhésion bezeichnet. Saleilles setzt sich in diesem Werk kommentarartig mit den Bestimmungen des Deutschen Bürgerlichen Gesetzbuches vom 18. 8. 1896 über die Willenserklärung - also den §§ 116 bis 144 BGB - auseinander und in seinen Abhandlungen über den § 133 BGB finden sich die folgenden Ausführungen, die zum Ausgangspunkt der Lehre über den contrat d'adhésion geworden sind:

> "Il y a de prétendus contrats qui n'ont du contrat[3] que le nom, et dont la construction juridique reste à faire, pour lesquels, en tout cas, les règles d'interprétation devraient subir, sans doute, d'importantes modifications; ne serait - ce que pour ce que l'on pourrait appeler, faute de mieux, les contrats d'adhésion, dans lesquels il y a prédominance exclusive d'une seule volonté, agissant comme volonté unilatérale, qui dicte sa loi, non plus à un individu, mais à une collectivité indéterminée, et qui s'engage déjà par avance, unilatéralement, sauf adhésion de ceux qui voudront accepter la loi du contrat, et s'emparer de cet engagement déjà créé sur soi-même" 4).
>
> " Es gibt Verträge, die mit dem Vertrag im herkömmlichen Sinne nur noch den Namen gemein haben und deren rechtliche Konstruktion zu finden bleibt, für die auf jeden Fall die Regeln individueller Auslegung geändert werden müßten. Warum sollte man diese Verträge in Ermangelung einer besseren Bezeichnung nicht contrats

---

1) Duguit, Les transformations générales du droit privé depuis le Code Napoléon, S. 122, spricht vom "contrat classique"; synonym verwandt werden die Bezeichnungen "contrat de gré à gré" (Marty-Raynaud, Droit civil, Bd. II, No. 61; Mazeaud, Bd. II, No. 87) und "contrat pur" (Colin-Capitant-de la Morandière, Bd. II, No. 604); vgl. ferner Domergue, Etude d'ensemble sur le contrat d'adhésion, S. 15: "..contrat individualisé, et partant discuté, .."

2) In der Terminologie der französischen Gerichte hat der Begriff des contrat d'adhesion bisher nur vereinzelt Eingang gefunden; vgl. Marty-Raynaud, Bd. II, No. 116

3) Gemeint ist der Vertrag im herkömmlichen Sinne

4) Saleilles, De la déclaration de volonté, S. 229

> d'adhésion nennen. Diese Verträge sind gekennzeichnet durch die ausschließliche Vorherrschaft eines einzigen Willens, der allein handelt und das von ihm gesetzte Recht nicht nur einem einzelnen, sondern einer unbestimmten Mehrheit diktiert, der sich bereits im voraus einseitig verpflichtet und wo nur noch die "adhésion" derjenigen fehlt, die das Vertragsrecht annehmen und sich dieser einseitigen Verpflichtung bemächtigen."

Durch diese Zeilen sind bereits die wesentlichen Merkmale des contrat d'adhèsion umschrieben. Saleilles hat es indes unterlassen, jene inhaltsschweren Sätze, die die Grundlagen des französischen Vertragsrechts und damit des Privatrechts überhaupt in vollem Umfang in Frage stellen, zu präzisieren[1].

Bevor auf die Merkmale des contrat d'adhésion im einzelnen eingegangen wird, soll zunächst versucht werden, den Begriff des contrat d'adhésion durch Beispiele ein wenig zu beleben.

Wenn in der französischen Rechtslehre bei einigen Verträgen auch Uneinigkeit darüber besteht, ob sie unter die Kategorie der contrats d'adhésion fallen, so herrscht doch Einmütigkeit, daß die Beförderungsverträge mit den großen Verkehrsgesellschaften, die Bezugsverträge über Gas, Wasser und Licht, die Bank- und Versicherungsverträge sowie die Arbeitsverträge zu den contrats d'adhésion zählen[2]. Letztere jedoch nur, wenn ihnen eine gedruckte Betriebs- oder Arbeitsordnung zugrunde liegt. Es gibt Autoren, die den Rahmen bedeutend weiter ziehen. So rechnen Duguit[3] und Dollat[4] Verträge, die durch die entgeltliche Inanspruchnahme von Automaten über Waren oder Leistungen zustande kommen, zum Kreise der contrats d'adhésion, und Domergue[5] betrachtet selbst den Kaufvertrag

---

1) Ripert, La règle morale dans les obligations civiles, No. 55

2) Ripert-Boulanger, Traité de Droit civil, Bd. II, No. 53; Gaudemet, S. 52; Colin-Capitant-de la Morandière, Bd. II, No. 583; Mazeaud, Bd. II, No. 87; Carbonnier, Droit civil, Bd. II, No. 96; de Page, Traité élémentaire de Droit civil belge, Bd. II, No. 550

3) Duguit, S. 121 f

4) Dollat, S. 78

5) Domergue, S. 10

über eine Schachtel Streichhölzer - wie überhaupt jeden Kauf zu Festpreisen[1] - als contrat d'adhésion, weil der Kunde den festgesetzten Preis ohne die Möglichkeit einer Diskussion zahlen müsse[2].

II. Die Merkmale des contrat d'adhésion

1. Übereinstimmend geforderte Merkmale

Die Tatsache, daß der Kreis der contrats d'adhésion unterschiedlich gezogen wird, läßt bereits erkennen, daß die Kriterien bei den einzelnen Autoren nicht restlos übereinstimmen[3]. Die Mehrheit stimmt jedoch darin überein, daß die folgenden drei Merkmale vorliegen müssen[4]:

a) Der Inhalt des Vertrages wird von dem anbietenden Vertragspartner[5] vor Vertragsschluß allein festgelegt und ist für alle Adherenten gleich und unabänderlich[6]. Wer einen solchen genormten Vertrag abschließen will, hat also nur die Möglichkeit, vorbehaltlos zu akzeptieren.

b) Das Vertragsangebot wird einer unbekannten und unbestimmten Personenmehrheit auf eine unpersönlich Art und Weise gemacht[7], d. h.

---

1) Domergue, S. 40 f

2) Genauso de la Morandière, Droit civil, Bd. II, No. 301

3) Vgl. Sallé, L'évolution technique du contrat et ses conséquences juridiques, S. 48 f; Ripert, La règle morale, No. 55

4) Vgl. Boulanger, Encyclopédie Dalloz, Droit civil, Contrats et conventions, No. 3; Carbonnier, Bd. II, No.96; Marty-Raynaud, Bd. II, Nos. 61 u. 116; Sallé, S. 39

5) Im folgenden aus Gründen terminologischer Einfachheit "Proponent" genannt; dieser Begriff findet sich in RGZ 13, 68, 77

6) Pichon, Des contrats d'adhésion. Leur interprétation et leur nature, S. 13; Gounot, S. 15; Missol, S. 12. Auf das Merkmal der Unabänderlichkeit und der einseitigen Abfassung des contrat d'adhésion hat mit besonderem Nachdruck Hauriou hingewiesen, Principes de Droit public, S. 211

7) Pichon, S. 13 f; Gounot, S. 227; Missol, S. 13

aa) der Proponent will mit jeder beliebigen Person abschliessen, die sich in einer typischen, gleichmäßig wiederkehrenden und deshalb vom Proponenten vorausgesehenen Situation befindet. Diese Abschlußbereitschaft steht allerdings unter der Voraussetzung, daß eine vorbehaltlose Annahme erfolgt[1]. Das persönliche Element im Vertrage tritt hinter einer Typisierung und Schematisierung zurück. Zum Wesen des contrat d'adhésion gehört somit die Indifferenz gegenüber den besonderen persönlichen Bedürfnissen des einzelnen Adherenten.

bb) Wer den Abschluß eines contrat d'adhésion anbietet, macht dies in der Erwartung und Hoffnung, daß sein Angebot nicht nur einmal, sondern massenweise angenommen wird. Der contrat d'adhésion ist daher grundsätzlich auf einen längeren Zeitraum angelegt[2].

c) Der Proponent hat gegenüber dem Adherenten eine eindeutige und anhaltende wirtschaftliche Vormachtstellung inne, die es ihm ermöglicht, die Vertragsbedingungen einseitig zu bestimmen und ihre vorbehaltlose Annahme durch den Adherenten durchzusetzen[3]. Der Adherent kann sich diesen Bedingungen nur unterwerfen.

Die wirtschaftliche Überlegenheit des Proponenten beruht im allgemeinen auf einem rechtlichen oder auf einem tatsächlichen Monopol[4]. Saleilles hat außerdem noch den Begriff des "monopole professionnel", eine besondere Ausgestaltung des tatsächlichen Monopols, eingeführt[5]. Dieser Begriff verdankt seine Entstehung der besonderen Situation auf dem

---

1) de Page, Bd. II, No. 550: "Dans ce genre de contrat, il n'y a pas de discussion possible: c'est à prendre ou à laisser."

2) Hémard, Précis élémentaire de Droit civil, Bd. II, No. 1125

3) Gounot, S. 15; Pichon, S. 13; Missol, S. 16

4) Dekkers, Précis de Droit civil belge, Bd. II, No. 105; de Page, Bd. II, No. 551

5) Saleilles, Lettre sur le contrat de travail, Bulletin de la Société d'Etudes législatives, S. 215

französischen Arbeitsmarkt bis zum Beginn des 1. Weltkrieges, als jeder Arbeitgeber infolge des großen Überangebots an Arbeitskräften tatsächlich ein "Einstellungsmonopol" innehatte.

2. Zusätzlich geforderte Merkmale

Neben diesen Merkmalen finden sich bei einigen Autoren noch weitere Kriterien, um den contrat d'adhésion zu bestimmen. Als solche zusätzlichen Merkmale werden angeführt:

a) Der contrat d'adhésion sei ein für den Adherenten notwendiger Vertrag[1].

Wenn der Proponent seine Bestimmungen dem Adherenten auferlegen könne, so beruhe das nicht nur auf seiner wirtschaftlichen Überlegenheit, sondern insbesondere auf dem Umstand, daß der Abschluß des Vertrages für den Adherenten unerläßlich sei[2].

b) Der contrat d'adhésion enthalte neben der Hauptvereinbarung zahlreiche Nebenbestimmungen - clauses accessoires[3].

c) Die Massenauflage des contrat d'adhésion führe nach einer bestimmten Zeit zu einem "service privé d'utilité publique"[4].

Hinter jedem contrat d'adhésion stehe eine "organisation sociale permanente préposée à un intérêt collectif", die

---

1) Fortier, Des pouvoirs du juge en matière de contrats d'adhésion, S. 11 f; Dollat, S. 116 ff

2) de Page, Bd. II, No. 551; Dekkers, Bd. II, No. 105: Der Proponent hat ein Monopol "d'un service de première nécessité".

3) Dereux, L'interprétation, S. 201; ders., Nature juridique, S. 527 f; Fortier, S. 9 ff; Domergue, S. 27. Der Begriff "conditions générales" findet sich erst bei den modernen Autoren wie Marty-Raynaud, Bd. I, No. 149, Carbonnier, Bd. II, Nos. 96 u. 100, und Lerebours-Pigeonnière, Anm. zu Civ. 14. 12. 1942, D.C. 1944.112, sowie in Entscheidungen neueren Datums, z. B. Trib.com.Seine 2. 6. 1947, G.P. 1948.1.18

4) Demogue, Traité des obligations en général, Bd. II, No. 617

entweder bereits bestehe oder im Entstehen begriffen sei[1]. Diese "organisation sociale" sei außerordentlich nützlich, und es gälte daher, sie zu erhalten, damit sie weiterhin die im Allgemeininteresse liegenden Bedürfnisse befriedigen könne, denen sie doch letzten Endes ihr Entstehen zu verdanken habe[2].

III. Definition des contrat d'adhésion

Die übereinstimmend geforderten Merkmale des contrat d'adhésion können zu folgender Definition zusammengefaßt werden:

> Als contrat d'adhésion bezeichnet die französische Rechtslehre einen Vertrag, bei dem der Proponent, ohne zu wissen, mit wem er kontrahieren wird, im voraus die Bedingungen festlegt, zu denen er mit einer Vielzahl beliebiger Personen einen Vertrag abzuschließen gewillt ist, wobei der Adherent aufgrund seiner wirtschaftlichen Unterlegenheit die Bestimmungen en bloc und ohne die Möglichkeit akzeptieren muß, Änderungen zu erwirken[3].

§ 2 Die Anwendbarkeit der klassischen Vertragstheorie auf den contrat d'adhésion

I. Bedenken der französischen Rechtslehre gegen ihre Anwendbarkeit

Vergleicht man den oben definierten Vertrag mit dem Vertrag

---

1) Demogue, a. a. O., No. 618. Dieser Gedanke findet sich bereits bei Hauriou, a. a. O., S. 207: "Toutes les fois qu'on voit apparaître dans un contrat, la lex, le caractère réglementaire, on peut affirmer qu'il y a institution sous roche. Quelque fois elle est toute formée ..., d'autres fois ... en voie de formation."

2) Demogue, Bd. II, No. 617

3) Eine ähnliche Definition geben de Page, Bd. II, No. 550, und Domergue, S. 8

im klassischen Sinne[1], so wird ersichtlich, wie weit sich der contrat d'adhésion von dem Vertragstypus entfernt hat, der den Verfassern des Code Napoléon vor Augen stand[2]. Es nimmt deshalb nicht wunder, daß man sich in der französischen Rechtslehre ernsthaft gefragt hat, ob der contrat d'adhésion wirklich noch als Vertrag im herkömmlichen Sinne behandelt werden könne[3], ob also die klassische Vertragstheorie auf diesen modernen Vertragstypus anwendbar sei. Mag die Anregung zu dieser Fragestellung auch mehr auf sozialen und wirtschaftlichen als auf rechtlichen Gründen beruhen[4], so kann nicht übersehen werden, daß das geltende Vertragsrecht des Code Civil auf die Wirtschaftsverfassung des 18. Jahrhunderts[5] und die Lösung deren Probleme zugeschnitten ist[6].

Ausgangspunkt aller Untersuchungen und Überlegungen ist die Feststellung, daß die contrats d'adhésion zwischen wirtschaftlich ungleichen Vertragspartnern abgeschlossen werden[7]. Dieses ungleiche Kräfteverhältnis - auf der einen Seite der gut organisierte Großbetrieb, auf der anderen Seite die unorganisierten und darum wehrlosen Adherenten[8]- bringt die Gefahr mit sich, daß die ungleiche Machtverteilung vom

---

1) Siehe S. 1

2) Vgl. Domergue, S. 15

3) Vgl. Marty-Raynaud, Bd. II, No. 61; Dereux, Nature juridique, S. 504

4) Marty-Raynaud, Bd. II, No. 116

5) Gounot, S. 13

6) Ripert, Le régime démocratique et le droit civil moderne, No. 23

7) Ripert, La règle morale, No. 57; Domergue, S. 20 u. 200; Marty-Raynaud, Bd. II, No. 116; Mazeaud, Bd. II, Nos. 30 u. 86. So unterteilen Colin-Capitant-de la Morandière, Bd. II, No. 581, in "contrats ordinaires, supposant l'égalité des contractants, et contrats dits d'adhésion ne la supposant pas, ..."

8) Boulanger, a. a. O., No. 3

Proponenten in eigennütziger Weise mißbraucht wird[1]. Tatsächlich hatte die ungleiche Verteilung der wirtschaftlichen Kräfte zu Übelständen im Versicherungs- und Transportwesen geführt; um die Mitte des 19. Jahrhunderts begann ferner die Ausbeutung des Arbeitnehmers durch den Unternehmer[2]. In Anbetracht dieser unerfreulichen wirtschaftlichen und sozialen Verhältnisse erschien es unerläßlich, den Adherenten in besonderer Weise gegenüber dem Proponenten zu schützen[3]. Weil die herkömmliche Vertragstheorie einigen Autoren als unzulänglich erschien, diesen Schutz des Adherenten zu gewährleisten, haben sie sich bemüht, e i g e n e , aber dennoch systemgerechte Regeln für den contrat d'adhésion zu finden, um ihn auf diese Weise der allgemeinen Vertragstheorie zu entziehen[4]. Bei fast allen Autoren, die sich mit dem contrat d'adhésion befaßt haben, steht deshalb im Mittelpunkt ihrer Überlegungen auch die Frage, wie man den Adherenten wirksam schützen könne[5].

Ist man sich in der französischen Rechtslehre auch im großen und ganzen einig, daß der Adherent eines besonderen Schutzes bedarf[6], so herrscht doch Uneinigkeit, auf welchem Wege dieser Schutz gewährt werden soll, wobei sich die französische

---

1) Hémard, Bd. II, No. 1124; Marty-Raynaud, Bd. II, No. 116; Domergue, S. 103 f; de Page, Bd. II, No. 551; Dekkers, Bd. II, No. 106: "Le danger des contrats d'adhésion réside dans les abus qu'en font certaines puissances économiques."

2) Vgl. Mazeaud, Bd. II, No. 30

3) Dollat, S. 126

4) Marty-Raynaud, Bd. II, No. 116

5) Dollat, S. 120 u. 126; Domergue, S. 103 ff. Bezeichnenderweise betitelt Missol ihre Dissertation über den contrat d'adhésion "L'assurance contrat d'adhésion et le problème de la protection de l'assuré".

6) Gegen einen solchen besonderen Schutz des Adherenten, der bereits an die bloße Natur des Vertrages anknüpft, wendet sich Ripert. Nach seiner Auffassung gälte es vielmehr, allein die Ausbeutung einer Notlage oder Unerfahrenheit durch den Vertrag schlechthin zu verhindern, La règle morale, No. 59

Lehre in zwei Tendenzen teilt[1]. Saleilles selbst verweigert dem contrat d'adhésion den Charakter eines Vertrages im herkömmlichen Sinne, um ihn zu einem selbständigen Rechtsinstitut zu machen und ihn damit einem gesonderten Rechtssystem zu unterwerfen[2]. Der andere Teil der Autoren versagt dem contrat d'adhésion dagegen den Vertragscharakter nicht, er will vielmehr die Rechtsbehelfe des klassischen Vertragsrechts zum Schutze des Adherenten besonders ausbilden, um auf diesem Wege die wirtschaftliche Übermacht des Proponenten auszugleichen[3]. Die französischen Gerichte beschreiten den zweiten Weg[4].

Diese Zweiteilung der Ansichten macht klar, daß es um die Frage geht, ob das Vertragsrecht des Code Napoléon aus dem Jahre 1804 ausreicht, um auch bei dem modernen, von den Verfassern des Code Civil nicht vorausgesehenen Rechtsgebilde des contrat d'adhésion gerechte und billige Ergebnisse zu gewährleisten[5].

Die Anwendbarkeit des Vertragsrechts des Code Civil und damit der klassischen Vertragstheorie auf den contrat d'adhésion wird in drei entscheidenden Punkten in Frage gestellt[6]:

a) Ist die "adhésion pure et simple"[7], auf die der Adherent infolge seiner wirtschaftlichen Unterlegenheit beschränkt wird, noch als "consentement" im Sinne des Art. 1108 C. civ. anzusehen oder handelt es sich bei der "adhésion" um ein

---

1) Sallé, S. 36; Marty-Raynaud, Bd. II, No. 117

2) Genauso Hauriou, Duguit und Dollat

3) Auf die Gefahr, den contrat d'adhésion in den Rahmen des klassischen Vertrages zu zwängen, weist insbesondere Dollat hin, S. 168

4) Marty-Raynaud, Bd. II, No. 117

5) Dollat, S. 124; Domergue, S. 170

6) Gaudemet, S. 52 ff

7) Marty-Raynaud, Bd. II, No. 116

"consentement inférieur"[1], d. h. lassen sich alle aus dem contrat d'adhésion erwachsenden Pflichten noch auf den Willen des Adherenten stützen?

b) Muß der Art. 1134 Abs. 1 C. civ.[2], der augenscheinlichste Ausfluß der Willensautonomie, mit derselben Strenge auf den contrat d'adhésion angewandt werden, obwohl der Adherent an der Vertragsgestaltung in keiner Weise beteiligt ist und im allgemeinen auch nur eine unzulängliche Kenntnis des Vertragsinhalts hat?

c) Sind die Regeln über die Vertragsauslegung, die auf der Erforschung der "commune intention des parties contractantes"[3] aufbauen, noch auf den contrat d'adhésion anwendbar, da der Vertragsinhalt allein von dem anbietenden Vertragsteil bestimmt wird, der Adherent also - abgesehen von seiner Adhesion - willentlich überhaupt nicht in Erscheinung tritt[4]?

Um sich der erhobenen Bedenken zu vergegenwärtigen, erscheint es angezeigt, die französische Wirtschaftsverfassung zur Zeit der Entstehung des Code Napoléon sowie die ihm zugrunde liegenden philosophischen Konzeptionen in groben Zügen darzustellen[5]

---

1) Vgl. Ripert, La règle morale, No. 56; Mazeaud, Bd. II, No. 30: "..., en fait, le contrat d'adhésion n'est pas un accord librement consenti, ..."

2) Art. 1134 I: "Les conventions légalement formées tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faites." Übers.: "Verträge, die wirksam geschlossen worden sind, haben für die Vertragspartner Gesetzeskraft."

3) Art. 1156: "On doit dans les conventions rechercher quelle a été la commune intention des parties contractantes, plutôt que de s'arrêter au sens littéral des termes." Übers.: "Bei der Auslegung eines Vertrages ist die gemeinsame Parteiabsicht zu erforschen und nicht am buchstäblichen Sinne der Vertragsbestimmungen zu haften."

4) Marty-Raynaud, Bd. II, No. 218; Mazeaud, Bd. II, No. 88

5) Auf die enge Verknüpfung zwischen der Vertragstheorie und den philosophischen sowie rechtspolitischen Konzeptionen weisen hin Marty-Raynaud, Bd. II, No. 28

II. Der Einfluß von Wirtschaftsverfassung und philosophischen Grundauffassungen auf die Gestaltung des Vertragsrechts im Code Napoléon

1. Die französische Wirtschaftsverfassung zur Zeit der Verfassung des Code Napoléon und ihre Wandlungen

Zu Beginn des 19. Jahrhunderts wird die französische Wirtschaft noch von der Landwirtschaft und dem Handwerk bestimmt[1]. Es entstehen allerdings bereits um diese Zeit die ersten Industriebetriebe und größeren Handelsunternehmungen, die den festen Rahmen sprengen, mit dem Staat und Stände, Kirche und Familie im hierarchischen "Ancien Régime" die Wirtschaft umgeben hatten. Für die Gesamtwirtschaft haben diese Ansätze zu einer veränderten Wirtschaftsverfassung jedoch erst geringe Bedeutung. Die Mehrzahl der Erzeugnisse wird weiterhin von unabhängigen und freien Handwerkern hergestellt, die ungebunden ihre Produkte verkaufen[2].

Für die Verfasser des Code Napoléon galt es, den Problemen Rechnung zu tragen, die die soeben dargestellte Wirtschaftsverfassung stellte. Die Bedingungen des Wirtschaftslebens haben sich jedoch seit der Verfassung des Code Napoléon grundlegend gewandelt. An die Stelle der Handwerksbetriebe sind mehr und mehr die auf Massenabsatz ausgerichteten Großbetriebe getreten, und die Industrie hat die Landwirtschaft in der volkswirtschaftlichen Bedeutung auf den zweiten Platz verwiesen.

Die durch den Großbetrieb möglich gewordene Massenerzeugung macht eine andere Vertriebsform erforderlich, da ein Massenabsatz nicht mehr mit frei ausgehandelten Individualverträgen zu bewältigen ist; neben den Individualvertrag tritt der unpersönliche Massenvertrag, der contrat d'adhésion. Desgleichen bedürfen auch die Vertragsbeziehungen zu den Arbeitern und

---

1) Ripert, Le régime démocratique, No. 23

2) Colin-Capitant-de la Morandière, Bd. II, No. 2

Angestellten einer einheitlichen und schematischen Regelung im Großbetrieb, wobei man sich der Betriebs- und Arbeitsordnung bedient. Im Mittelpunkt wirtschaftlicher Überlegungen und Planungen steht somit vielfach nicht mehr der einzelne, sondern eine unbestimmte Personenmehrheit. Die notwendige Folge dieser sozialen und wirtschaftlichen Wandlungen ist, daß das persönliche Element in den Vertragsbeziehungen mehr und mehr zurückgedrängt wird, in einigen Fällen sogar restlos verschwindet[1]. Trotz dieser "Entpersönlichung" bedient man sich beim Austausch wirtschaftlicher Leistungen weiterhin ausnahmslos der Vertragsgestaltung des Code Napoléon, wobei betont werden muß, daß das Vertragsrecht des Code Civil seit seiner Verfassung im Jahre 1804 nur geringfügig geändert worden ist[2].

2. Die philosophischen Grundlagen des Code Napoléon

A. Individualistische Rechtsauffassung

Rousseau ist es, der in seinem Werk "Du contrat social" den philosophischen Ideen Ausdruck verliehen hat, die zur Zeit der Entstehung des Code Napoléon herrschten und die auf dessen Verfasser eingewirkt haben[3]. Ausgangspunkt dieser Philosophie ist der Individualismus[4]. Die französische Revolution von 1789 wurde zum Triumph der individualistischen Freiheitsgedanken[5]; so heißt es im Artikel 4 der Erklärung der Menschen- und Bürgerrechte: "La liberté consiste à pouvoir faire tout ce qui ne nuit à autrui: ainsi l'exercise des droits naturels de chaque homme n'a de bornes que celles qui assurent aux autres membres de la société la jouissance de ces même droits. Ces bornes ne peuvent être déterminées que par la loi."

---

1) Sallé, S. 8
2) Vgl. Colin-Capitant-de la Morandière, Bd. II, No. 546
3) Ripert-Boulanger, Bd. II, No. 15
4) Vgl. Marty-Raynaud, Bd. I, No. 27; Bd. II, No. 31
5) Ripert-Boulanger, Bd. II, No. 15

Genauso wie die Erklärung der Menschen- und Bürgerrechte beruht auch der Code Napoléon auf einer rein individualistischen Rechtsauffassung[1]; im Mittelpunkt dieser Rechtsauffassung steht das subjektive Recht des einzelnen. Das Recht wird nicht als eine soziale Beziehung, viel weniger noch als eine soziale Funktion verstanden, sondern als eine Befugnis, die dem einzelnen zuerkannt ist.

So erklärt es sich, daß die Verfasser des Code Napoléon dem dinglichen Recht gegenüber dem Forderungsrecht eine Vorrangstellung eingeräumt haben, da das dingliche Recht - insbesondere das Eigentum[2] - das subjektive Recht par excellence und Ausfluß und Stütze der persönlichen Freiheit ist. Im Code Civil ist deshalb das Vertragsrecht auch nur unter dem Oberbegriff "Des différentes manières dont on acquiert la propriété" geregelt[3].

B. Willensautonomie

Ein Ausfluß dieser freiheitlichen Auffassungen ist die Willensautonomie. Sie ist die Freiheit auf rechtlicher Ebene und bedeutet, daß der Mensch die Macht hat, durch einen Willensakt eine Rechtsposition zu schaffen, sofern dieser Willensakt einen rechtlich zulässigen Gegenstand hat. Die Willensautonomie findet ihren Ausdruck in den folgenden Grundsätzen:

a) Der menschliche Wille schafft das Recht[4] und die Verbindlichkeit, indem sich der Schuldner dem Gläubiger unter-

---

1) Duguit, S. 8; Colin-Capitant-de la Morandière, Bd. II, No. 6; Marty-Raynaud, Bd. II, No. 9

2) Art. 544 C. civ. definiert das Eigentum wie folgt: "La propriété est le droit de jouir et disposer des choses de la manière la plus absolue, pourvu qu'on n'en fasse pas un usage prohibé par les lois ou par les règlements."

3) Colin-Capitant-de la Morandière, Bd. II, No. 3; Mazeaud, Bd. II, No. 1293

4) Im Sinne eines Anspruchs

wirft[1]; durch den Willen des Schuldners entsteht das subjektive Recht des Gläubigers. Die Frage nach dem Grunde der Verbindlichkeit läßt sich daher nach der Theorie von der Willensautonomie sehr einfach beantworten: Der Mensch ist gebunden, weil er es gewollt hat[2]. Aus dieser Auffassung folgt u. a., daß bei der Vertragsauslegung nach dem Willen - auch dem bloß hypothetischen - der Parteien zu forschen ist[3]. Die Vertragspartner sollen nur insoweit verpflichtet werden, wie sie es wirklich gewollt haben[4]. Bloße Formeln, denen die Gesellschaft eine bestimmte Bedeutung beimißt, sollen die Vertragsschließenden nicht binden, wenn sie eine solche Bindung nicht gewollt haben[5].

b) Der Vertrag als Rechtsquelle steht über dem Gesetz, das nur bei fehlendem Parteiwillen den Vertrag ergänzen soll. Die Gesetze sind nichts weiter als "actes de la volonté générale"[6], die dem spezielleren Parteiwillen weichen müssen, sofern dieser nicht gegen den ordre public verstößt. Die Mehrzahl der Bestimmungen, die der Code Civil den Verträgen widmet, im Allgemeinen und Besonderen, ist daher dispositiver Natur, denn der Gesetzgeber will grundsätzlich nicht in die vertraglichen Beziehungen eingreifen.

c) Da der Vertrag auf einem freien Willensentschluß beruht, kann er nicht ungerecht sein[7]. Der Schuldner kann sich nicht

---

1) Vgl. Ripert, Le régime démocratique, No. 92; Louis-Lucas, Volonté et cause, S. 253

2) Marty-Raynaud, Bd. II, No. 32; Mazeaud, Bd. II, No. 116

3) Gounot, S. 3; Mazeaud, Bd. II, No. 122

4) Deshalb bestimmt Art. 1162 C. civ. bezeichnenderweise: "Dans le doute, la convention s'interprète contre celui qui a stipulé et en faveur de celui qui a contracté l'obligation."

5) Carbonnier, Bd. II, No. 92

6) Rousseau, Du contrat social, Buch II, Kap. 6; vgl. Mazeaud, Bd. II, Nos. 28 u. 116; Marty-Raynaud, Bd. II, No. 33

7) Mazeaud, Bd. II, No. 116; Marty-Raynaud, Bd. II, No. 33

beklagen, in ungerechter Weise verpflichtet zu sein, weil er die Verpflichtung doch gewollt habe. Volenti non fit iniuria. Fouillée, ein Schüler Kants, schreibt: "Toute justice est contractuelle, qui dit contractuel dit juste."[1)]

Der Code Civil enthält deshalb auch keine Bestimmung, die dem § 138 Abs. 2 BGB entspricht[2)]. Eine Unwirksamkeit des Vertrages wegen "lésion"[3)] - im Sinne der laesio enormis - kann nur in bestimmten, vom Gesetzgeber ausdrücklich genannten Fällen im Wege der Klage geltend gemacht werden[4)]. So hat beispielsweise nach Art. 1674 C. civ. der Verkäufer eines Grundstücks das Recht, die Feststellung der Unwirksamkeit des Kaufvertrages zu verlangen, wenn er einen Kaufpreis erhalten hat, der nur 5/12 des wahren Grundstückswertes ausmacht. Dasselbe Recht steht jedem Miterben nach Art. 887 C. civ. zu, wenn sein Anteil aus der Erbauseinandersetzung um 1/4 zu gering bemessen worden ist.

Nach Inkrafttreten des Code Napoléon hat der französische Gesetzgeber im Wege der Sondergesetzgebung noch bei einigen anderen Verträgen eine Berücksichtigung der "lésion" zugelassen; zuletzt im Art. 37 des Gesetzes über das literarische und künstlerische Eigentum vom 11. 3. 1957[5)].

---

1) Fouillée, La science sociale contemporaine, S. 410

2) Vgl. Boulanger, a. a. O., No. 110; Colin-Capitant-de la Morandière, Bd. II, No. 671; Marty-Raynaud, Bd. II, No. 151

3) "La lésion est le préjudice que subit une partie au contrat à raison du déséquilibre entre les prestations réciproquement stipulées."; Marty-Raynaud, Bd. II, No. 149

4) Art. 1118 C. civ. bestimmt: "La lésion ne vicie les conventions que dans certains contrats ou à l'égard de certaines personnes, ainsi qu'il sera expliqué en la même section."
Der Gesetzgeber bezeichnet die Unwirksamkeit infolge "lésion" als "rescision"; vgl. Art. 1305 C. civ.
Der französisch-italienische Entwurf des Obligationenrechts von 1927 sah in Art. 22 eine dem § 138 II BGB vergleichbare Bestimmung vor.

5) Art. 37 Abs. I: "En cas de cession du droit d'exploitation, lorsque l'auteur aura subi un préjudice de plus de sept douzièmes dû à une lésion ou à une prévision insuffisante des produits de l'oeuvre, il pourra provoquer la revision des conditions de prix du contrat."

C. Vertragsfreiheit - Ausfluß der Willensautonomie

Die Vertragsfreiheit ist das Kernstück der Willensautonomie und bedeutet, daß der einzelne die allgemeine Befugnis hat, seine Beziehungen zu anderen Rechtssubjekten durch Verträge zu bestimmen[1]. Sie umfaßt neben der Abschlußfreiheit die Freiheit der inhaltlichen Gestaltung. Letztere gewährt den Parteien die Befugnis, ihre Beziehungen so zu regeln, wie die Besonderheiten des einzelnen Falles es ihnen sinnvoll erscheinen lassen; die Vertragspartner können die ihnen durch das Gesetz angebotenen Lösungen ausschlagen, soweit sie nicht zwingender Natur sind. Im ordre public findet die Vertragsfreiheit ihre Grenze[2].

Die Freiheit der Vertragspartner äußert sich aber nicht nur beim Vertragsschluß[3]; sie wirkt vielmehr fort, nachdem der Vertrag geschlossen ist und findet ihren Ausdruck in den folgenden Grundsätzen:

a) Der Vertrag hat verbindliche Kraft für die beteiligten Vertragspartner und muß so ausgeführt werden, wie die Kontrahierenden es gewollt haben[4].

b) Der Vertrag bindet das angerufene Gericht, das dafür zu sorgen hat, daß der Vertragsinhalt in vollem Umfang angewandt wird. Ein Recht der Gerichte, ändernd in den Vertrag einzugreifen[5], besteht nicht[6]. Deshalb lehnen die französischen

---

1) Vgl. Marty-Raynaud, Bd. II, Nos. 35 u. 69

2) Colin-Capitant-de la Morandière, Bd. II, No. 584

3) Colin-Capitant-de la Morandière, Bd. II, Nos. 559 u. 797; Marty-Raynaud, Bd. II, No. 36

4) Mazeaud, Bd. II, No. 126; Rouast, Le respect des engagements librement consentis et le contrat dirigé, Semaines sociales de France, 1938, S. 342 ff

5) Ripert, La règle morale, No. 58, "la pire des choses"

6) Civ. 9. 1. 1856, D.P. 1856.1.33; Civ. 6. 3. 1876, D.P. 1876.1.193 (Fall des Kanals von Craponne); Civ. 15. 11. 1933, G.P. 1934.1.68; anders Conseil d'Etat in seiner Eigenschaft als oberstes Verwaltungsgericht, 30. 3. 1916, S. 1916.3.17

Zivilgerichte - unter der Zustimmung der überwiegenden Rechtslehre[1] - es auch ab, die Theorie von der "imprévision"[2] selbst bei noch so tiefgreifender Veränderung der Verhältnisse anzuwenden[3]. In der Rechtslehre war während und auch noch nach dem 1. Weltkrieg die Auffassung vertreten worden, daß der Vertrag einer Änderung wegen "imprévision" zugänglich sei. Um in der allgemeinen Linie des Code Civil zu bleiben, wollte man die Eingriffsmöglichkeit auf den mutmaßlichen Willen der Vertragspartner zurückführen. Nach der Auffassung dieser Autoren soll in jedem Vertrag die clausula rebus sic stantibus enthalten sein, die von den Parteien nur nicht ausdrücklich erwähnt worden sei[4].

Erst durch ein Gesetz vom 21. 1. 1918 (loi Failliot) wurde den Zivilgerichten die Befugnis eingeräumt, die Auflösung von Handelsgeschäften, die vor dem 1. Weltkriege abgeschlossen worden waren, auszusprechen, wenn die Erfüllung dem Schuldner unverhältnismäßige Opfer verursachen würde. Nach dem 2. Weltkriege galt das Gesetz vom 22. 4. 1949, das das Auflösungsrecht der Zivilgerichte jedoch nicht auf Handelsgeschäfte beschränkte.

III. Die Bestimmungen der Art. 1134 Abs. I und 1156 C. civ. als Ausdruck der Willensautonomie

1. Die Anordnung absoluter Vertragstreue im Art. 1134 Abs. I C. civ.

In den Art. 1134 I und 6 C. civ. (argumentum e contrario)

---

1) Marty-Raynaud, Bd. II, No. 228

2) Lehre von der Geschäftsgrundlage

3) Com. 18. 1. 1950, G.P. 1950.1.320; vgl. Mazeaud, Bd. II, No. 355; Marty-Raynaud, Bd. II, No. 229; Carbonnier, Bd. II, No. 149: "L'interprétation est un hommage rendu à l'autonomie de la volonté, tandis que la révision paraît lui donner un démenti."; de Page, Bd. II, Nos. 467 u. 552: "... réviser le contrat, chose inadmissible dans notre système juridique actuel."

4) Vgl. Mazeaud, Bd. II, No. 734; Marty-Raynaud, Bd. II, No. 227; de Page, Bd. II, No. 467

haben die Grundsätze der Willensautonomie ihre augenscheinlichste Verkörperung gefunden[1]. Es heißt im Art. 1134 1 C. civ.:

> "Les conventions légalement formées tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faites."

und im Art. 6:

> "On ne peut déroger, par des conventions particulières, aux lois qui intéressent l'ordre public et les bonnes moeurs."

Dem Art. 1134 I C. civ. liegt die Vorstellung des Gesetzgebers zugrunde, daß sich beim Vertragsschluß zwei wirtschaftlich und sozial gleiche Partner gegenübergestanden haben[2]. Sofern ein solches ausgeglichenes Kräfteverhältnis zwischen den Kontrahierenden bestanden hat, ist es gerechtfertigt, die im Art. 1134 I C. civ. enthaltene Anordnung des Gesetzgebers strikt zu befolgen[3]. Bedenken treten jedoch auf, ob der Art. 1134 I C. civ. mit derselben Strenge auf den contrat d'adhésion anzuwenden ist, der ex definitione zwischen wirtschaftlich ungleichen Partnern abgeschlossen wird[4].

Der französische Kassationshof hat den Art. 1134 I C. civ. stets vorbehaltlos, ohne Rücksicht auf das wirtschaftliche und soziale Kräfteverhältnis zwischen den Vertragspartnern angewandt[5]. Der Art. 1134 I C. civ. ist deshalb zum entscheidenden rechtlichen Instrument geworden, der zahlreiche Vertragsmißbräuche ermöglicht[6].

---

1) Ripert, La règle morale, No. 22: "Pour affirmer la toute puissance de la volonté humaine, créatrice d'obligations, le Code civil emploie dans l'article 1134 l'expression la plus énergique qui se puisse trouver."; vgl. ferner Mazeaud, Bd. II, No. 721; Marty-Raynaud, Bd. II, No. 221; Sallé, S. 333; Fortier, S. 70

2) Sallé, S. 38; Duguit, S. 54; Domergue, S. 20

3) Vgl. Gounot, La liberté des contrats et ses justes limites, Semaines sociales de France, 1938, S. 321 f; Colin-Capitant-de la Morandière, Bd. II, No. 811

4) Gaudemet, S. 54; Marty-Raynaud, Bd. II, No. 39

5) Fortier, S. 22; vgl. auch Colin-Capitant-de la Morandière, Bd. II, No. 811; Domergue, S. 169 ff

6) Domergue, S. 171

2. Die Vertragsauslegung - Art. 1156 ff C. civ.

A. Die gesetzlichen Grundlagen

Neben den Art. 1134 I und 6 C. civ. sind die Bestimmungen zur Vertragsauslegung notwendigerweise[1] die sichtbarsten Ausflüsse der den Code Civil beherrschenden Grundsätze[2]. Im Art. 1156 C. civ. wird der Wille dem bloßen Buchstaben übergeordnet. Die Willenserklärung selbst hat keinen Eigenwert, sie ist vielmehr nur ein Mittel, um die gemeinsame Parteiabsicht zu bestimmen[3]. Ausgangspunkt einer jeden Vertragsauslegung ist daher der Art. 1156 C. civ.[4]:

> "On doit dans les conventions rechercher quelle a été la commune intention des parties contractantes, plutôt que de s'arrêter au sens littéral des termes."[5]

Die Entscheidung des französischen Gesetzgebers zugunsten der subjektiven Auslegungstheorie ergibt sich notwendig aus der allgemeinen Vertragskonzeption, die die Verfasser des Code Napoléon angenommen hatten[6]. Da der Vertrag durch den Willen der Parteien zustande kommt, ist es nur folgerichtig, den Vertragsinhalt nach dem inneren Willen der Vertragspartner zu bestimmen[7]. Die Auslegungsbestimmungen, die dem

---

1) Vielfach kann erst im Wege der Auslegung Inhalt und Umfang einer Verpflichtung festgestellt werden.

2) Marty-Raynaud, Bd. II, No. 217; Mazeaud, Bd. II, No. 342; Gounot, S. 4

3) Mazeaud, Bd. II, No. 343

4) Baudry-Lacantinerie-Barde, Bd. VII, No. 554: "Cette règle, en tant qu'elle prescrit au juge de rechercher la volonté des contractants domine toutes les autres dispositions de la section. Elle découle directement du principe que la convention fait la loi des parties."

5) Übers.: Bei der Auslegung eines Vertrages ist die gemeinsame Parteiabsicht zu erforschen und nicht am buchstäblichen Sinne der Vertragsbestimmungen zu haften.

6) Marty-Raynaud, Bd. II, Nos. 97 u. 216

7) Marty, Rôle du juge dans l'interprétation des contrats, S. 87

Art. 1156 C. civ. folgen, enthalten Ratschläge für den Richter[1]; ihre Nichtbefolgung begründet kein Rechtsmittel[2]. Die Mehrzahl dieser Bestimmungen zeigt dem Richter an, wie er verfahren muß, um die gemeinsame Parteiabsicht herauszufinden[3].

Wenn die Vertragsauslegung im französichen Recht auch im Zeichen des Art. 1156 C. civ. steht, so hat der französische Gesetzgeber die Willensforschung nicht in jedem Falle für ausreichend erachtet[4]. Darum bestimmen Art. 1135 C. civ.:

> "Les conventions obligent non seulement à ce qui y est exprimé, mais encore à toutes les suites que l'équité, l'usage ou la loi donnent à l'obligation d'après sa nature."

und Art. 1134 III C. civ.:

> "Elles doivent être exécutées de bonne foi."[5]

B. Kritik der streng subjektiven Auslegungstheorie

Während des gesamten 19. Jahrhunderts hat die französische Rechtslehre eine streng subjektive Auslegungstheorie vertreten, und die Rechtsprechung ist ihr darin durchweg gefolgt. Gegen die streng subjektive Auslegungstheorie, die einzig und allein auf den Willen der Parteien abstellt, sind seit der Jahrhundertwende erhebliche Bedenken erhoben worden[6].

---

1) Req. 16. 2. 1892, S. 1893.1.409; Civ. 10. 5. 1948, G.P. 1948.2.41; vgl. Boulanger, a. a. O., No. 96; Mazeaud, Bd. II, No. 354

2) Req. 24. 2. 1868, D.P. 1868.1.308; Civ. 10. 5. 1948 u. Soc. 11. 5. 1948, G.P. 1948.2.41

3) Marty-Raynaud, Bd. II, No. 219

4) Colin-Capitant-de la Morandière, Bd. II, No. 814; Marty-Raynaud, Bd. II, No. 219; Domergue, S. 198 ff

5) Übers.: Art. 1135 C. civ.: Die Rechtsfolgen eines Vertrages ergeben sich nicht nur aus der ausdrücklichen Parteivereinbarung, sondern bestimmen sich auch nach der Billigkeit, der Verkehrssitte und dem Gesetz, entsprechend der Rechtsnatur des Vertrages. Art. 1134 III C. civ.: Verträge müssen so erfüllt werden, wie es Treu und Glauben entspricht.

6) Marty, a. a. O., S. 84

Die Kritiken lassen sich in den folgenden zwei Punkten[1] zusammenfassen:

a) Die erste Kritik richtet sich gegen die Mißachtung der in den Art. 1134 III und 1135 C. civ. enthaltenen Anordnungen[2].

b) Die zweite Kritik wendet sich gegen die Auffassung, die die französischen Rechtsgelehrten im 19. Jahrhundert vom Willen der Vertragspartner hatten[3]. Nach der klassischen Auffassung vom Parteiwillen können alle Lücken durch den - wenn auch nach Ansicht der Kritiker fiktiven - Willen der Vertragspartner ausgefüllt werden, da die Kontrahierenden beim Vertragsschluß wirklich an alles gedacht hätten[4].

C. Die gemäßigt subjektive Auslegungstheorie der herrschenden Lehre

Die zahlreichen Kritiker der rein subjektiven Auslegungsmethode haben ihrerseits Wege aufgezeigt und empfohlen, wie man sich bei der Auslegung von der Überbewertung des Willens freimachen kann. Ihre Lehre läßt sich gut an dem alltäglichen Fall veranschaulichen, daß nach Vertragsschluß eine Ergänzung erforderlich wird, weil der Vertragstext Lücken aufweist[5].

a) Ist der Richter aufgrund eingehender Prüfung aller Umstände der Ansicht, daß die Vertragspartner an den ergänzungsbedürftigen Punkt gedacht haben und ihn in bestimmter Weise regeln wollten, so muß er allein die gemeinsame Parteiabsicht berücksichtigen.

---

1) Marty-Raynaud, Bd. II, No. 218

2) Gounot, S. 195: "Faire découler de la volonté la bonne foi, les usages et l'équité, c'était pousser un peu loin la superstition du Willensdogma et l'amour de la fiction."

3) Dollat, S. 21; Fortier, S. 81; Gounot, S. 206 f

4) Vgl. Gounot, S. 207

5) Vgl. dazu Dereux, L'interprétation, S. 446

b) Haben die Parteien hingegen an diesen Punkt nicht gedacht, lassen aber irgendwelche Umstände den Schluß zu, daß sie sich im Augenblick des Vertragsschlusses für eine bestimmte Lösung entschieden hätten, dann hat der Richter dem hypothetischen Parteiwillen Rechnung zu tragen.

c) Gestatten die festgestellten Tatsachen nicht, einen solchen wahrscheinlichen Parteiwillen mit der nötigen Sicherheit zu ermitteln, so hat sich der Richter von den Grundsätzen der Billigkeit und der "sozialen Nützlichkeit"[1] leiten zu lassen[2].

Diese Autoren schließen also keineswegs den Parteiwillen als Quelle der Auslegung von Rechtsgeschäften aus. Im Gegenteil, für sie soll der Richter nicht nur den ausdrücklichen und stillschweigenden, sondern sogar den hypothetischen Parteiwillen berücksichtigen. Aber immer dann, wenn weder ein bestimmter noch bestimmbarer Wille der Vertragspartner vorhanden ist, soll der Richter den Rechtsstreit auf der Grundlage der Billigkeit und unter Berücksichtigung der Allgemeininteressen entscheiden und nicht zu einem unwirklichen und fingierten Willen Zuflucht nehmen.

Diese Auslegungsmethode, die insbesondere Dereux und Gounot zuzuschreiben ist, hat in der übrigen Rechtslehre allgemein Anerkennung gefunden und ist auch heute die herrschende Lehre[3]. Sie ist von Marty wegen ihres "respect affiché et extrême de la volonté" kritisiert worden[4]. Marty wendet sich insbesondere dagegen, den hypothetischen Parteiwillen bei

---

1) Dereux, L'interprétation, S. 446 "utilité sociale"

2) Gounot, S. 197 f; Dereux, L'interprétation, S. 446

3) Colin-Capitant-de la Morandière, Bd. II, Nos. 813 f;
Ripert-Boulanger, Bd. II, Nos. 455 ff;
Planiol-Ripert-Esmein, Bd. VI, Nos. 373 ff;
Boulanger, a. a. O., Nos. 90 ff; Gaudemet, S. 206 ff;
Mazeaud, Bd. II, Nos. 339 ff

4) Marty, a. a. O., S. 84

der Vertragsauslegung zu berücksichtigen[1]. Trotz dieser Kritik hat aber auch für Marty die Vertragsauslegung im Zeichen der Willenserforschung zu stehen.

Die Vertragsauslegung im französischen Recht ist somit im großen und ganzen das geblieben, was sie bereits im 19. Jahrhundert war, nämlich "un hommage rendu à l'autonomie de la volonté"[2].

Zum Schutz des Adherenten vermag die Vertragsauslegung in der vorliegenden Form daher keinen Beitrag zu leisten, sie kann im Gegenteil die Position des Adherenten nur noch verschlechtern, weil sein Wille bei der Festlegung des Vertragsinhalts nicht mitgewirkt, sein Willensbeitrag beim Vertragsschluß sich vielmehr auf die bloße Adhesion der vorher einseitig abgefaßten Vertragsbestimmungen beschränkt hat.

D. Die Vertragsauslegung in der Rechtsprechung

a. Bekenntnis zu der in der Lehre herrschenden Auslegungstheorie

Genauso wie die französische Rechtslehre bekennt sich auch die französische Rechtsprechung ausnahmslos zur subjektiven Auslegungstheorie[3]. Es nimmt deshalb nicht wunder, daß sich die zahlreichen Entscheidungen in Auslegungsfragen alle an dem gemeinsamen Parteiwillen orientieren. Die Gerichte heben in ihren Urteilsbegründungen immer wieder hervor, daß die ergangene Entscheidung im Einklang mit dem Parteiwillen

---

1) Marty, a. a. O., S. 90: "Ou il existe des éléments de conviction assez forts pour l'on puisse être certain de l'existence de cette volonté que l'ont dit présumée - et c'est une volonté réelle; ou bien on ne peut pas arriver jusque-là et cette volonté présumée n'est plus rien, c'est une fiction.";
vgl. ferner Mazeaud, Bd. II, No. 346

2) Carbonnier, Bd. II, No. 149

3) Vgl. Marty-Raynaud, Bd. II, No. 219;
Carbonnier, Bd. II, No. 151

stünde. Die subjektive Auslegungstheorie hat allerdings durch die "théorie des clauses claires et précises" eine erhebliche Einschränkung erfahren.

b. Die Theorie von der "clause claire et précise"

Soweit der Tatrichter im Wege der Auslegung den Inhalt eines Vertrages feststellt, unterliegt die Entscheidung nicht der rechtsinstanzlichen Nachprüfung.[1] Dieser Grundsatz, der dem Tatrichter auf dem Gebiete der Auslegung die größtmögliche Unabhängigkeit einräumt, ist jedoch durch den Kassationshof mit Hilfe der Theorie von der "clause claire et précise" bedeutend eingeengt worden[2]. Die Theorie besagt, daß die im Art. 1156 C. civ. enthaltene Anordnung an den Richter, die gemeinsame Parteiabsicht zu erforschen, nur für den Fall gelte, daß Zweifel über den Vertragsinhalt bestehen. Seien die Vertragsbestimmungen aber klar und eindeutig, so habe der Tatrichter kein Recht mehr, nach dem gemeinsamen Parteiwillen zu forschen[3]. Macht er trotzdem von diesem an sich bestehenden Recht Gebrauch, hebt der Kassationshof seine Entscheidung wegen "dénaturation de l'acte" auf[4].

Nach der ursprünglichen Auffassung des Kassationshofes liegt eine "dénaturation" vor, wenn der Tatrichter einem Vertragspartner zusätzliche Verpflichtungen auferlegt oder sich weigert, den Vertrag so anzuwenden, wie er geschlossen worden ist, anstelle sich an die klaren und unzweideutigen Vertrags-

---

1) Grundlegend: Ch. réun. 2. 2. 1808, S. 1808.1.183; vgl. ferner Req. 22. 11. 1865, D.P. 1866.1.108; Civ. 30. 5. 1922, D.P. 1922.1.69; Civ. 24. 2. 1931, D.P. 1931.1.105; Req. 31. 10. 1934, D.H. 1934.602

2) Vgl. Mazeaud, Bd. II, No. 355

3) Pau 27. 1. 1891, D.P. 1892.2.39: "Qu'il est de doctrine et de jurisprudence constantes qu'il n'est permis d'interpréter un acte que lorsque les clauses en sont obscures et ambiguës."; vgl. ferner Anm. von Lerebours-Pigeonnière zu Civ. 14. 12. 1942 (D.C. 1944.112)

4) Civ. 15. 4. 1872, D.P. 1872.1.176; Civ. 24. 2. 1931, D.P. 1931.1.105; Civ. 19. 1. 1942, D.A. 1942.107

bestimmungen zu halten[1]. Eine "dénaturation" ist nach dieser Auffassung also gegeben, wenn der Richter an die Stelle des gefundenen Parteiwillens den eigenen Willen setzt[2]. Der Kassationshof untersagte damit dem Tatrichter aber noch keineswegs, nach dem wahren Parteiwillen zu forschen; selbst bei Vertragsbestimmungen, die dem Augenscheine nach klar und eindeutig waren, wurde ihm noch ein Auslegungsrecht zugestanden[3]. Habe der Kassationshof in letzterem Falle trotzdem einige Entscheidungen wegen "dénaturation" aufgehoben, so sei die Kassation in Wirklichkeit auf eine mangelnde Begründung der abweichenden Auslegung von dem klaren Wortlaut der Vertragsbestimmungen zurückzuführen[4]. Die zweite Auffassung des Kassationshofes zur "dénaturation" ist neueren Datums; sie ist als die "conception objective de la clause claire et précise" bezeichnet worden[5]. Lerebours-Pigeonnière, conseiller honoraire am Kassationshof, hat sie wie folgt umschrieben:

> "Eine abweichende Auslegung von einer klaren und eindeutigen Vertragsbestimmung unterliegt der Kassation, welche Gründe auch immer das untere Gericht für die Abweichung anführen mag. Klare und eindeutige Vertragsbestimmungen sind nicht mehr auslegungsfähig."6)

Der Kassationshof hat diese Auffassung zum ersten Male in dem folgenden Fall vertreten. Ein Vertrag enthielt zwei sich widersprechende Bestimmungen; die eine war "claire et précise", die andere unklar und zweideutig. Nach der ursprünglichen

---

1) Vgl. Colin-Capitant-de la Morandière, Bd. II, No. 817

2) Civ. 14. 12. 1942, D.C. 1944.112: "Mais attendu que la cour d'appel n'a pu, sans contradiction, décider que la clause litigieuse était claire et précise, licite, et refuser de l'appliquer dans sa teneur."

3) Req. 15. 4. 1926, D.H. 1926.317; Civ. 17. 3. 1936, S. 1936.1.207; Soc. 11. 6. 1942, D.C. 1943.135

4) Marty, a. a. O., S. 96; Marty-Raynaud, Bd. II, No. 220; Mazeaud, Bd. II, No. 355

5) Ponsard, Anm. zu Civ. 4. 11. 1952, J.C.P. 1953.2.7554

6) Lerebours-Pigeonnière, Travaux de l'Association Henri Capitant, S. 103

Auffassung zur "dénaturation" hätte der Kassationshof dem Tatrichter gestatten müssen, die wirkliche Parteiabsicht zu erforschen. Tatsächlich hat der Kassationsnof aber gesagt:

> "Mais attendu que les termes de la clause ainsi écartée étaient clairs et précis; que les juges du fond ayant déclaré ambigües les nouvelles dispositions de l'art. 8 ....., devaient rechercher une interprétation de ces dispositions conciliable avec la clause qui n'en comportait aucune; ...."[1]

Der Tatrichter ist somit verpflichtet, sich an die Bestimmung zu halten, deren Sinn "claire et précise" ist. Ein Auslegungsrecht wird ihm nur bei einer "contradiction absolue entre les deux clauses"[2] zugestanden.

Die Theorie von der "clause claire et précise" engt somit die Unabhängigkeit des Tatrichters bei der Auslegung von Verträgen in erheblichem Maße ein. Mit Hilfe dieser Theorie hindert der Kassationshof die unteren Gerichte, den Vertrag unter dem Vorwand der Auslegung nach Billigkeitsgesichtspunkten umzuformen[3]. Tatsächlich hatten die unteren Gerichte hin und wieder versucht, unbillige Härten auszuschließen, indem sie den klar erkennbaren Parteiwillen einfach ignorierten und auf der Grundlage der Billigkeit entschieden[4].

c. Die "obligation de sécurité"

Mögen die französischen Gerichte im allgemeinen auch größte Zurückhaltung zeigen, im Wege der Auslegung gefundene Ergebnisse auf den Grundsatz von Treu und Glauben oder die Billig-

---

1) Civ. 16. 12. 1940, D.A. 1941.130

2) Civ. 16. 12. 1940, D.A. 1941.130;
vgl. ferner Civ. 29. 6. 1948, D. 1948.554

3) Civ. 2. 12. 1947, D. 1948.Somm.5

4) Civ. 8. 5. 1933, D. H. 1933.395;
Civ. 2. 12. 1947, G.P. 1948.1.25;
vgl. Anm. von Lerebours-Pigeonnière zu Civ. 23. 4. 1945, D. 1945.261

keit zu stützen[1], so darf dieser Umstand nicht darüber hinwegtäuschen, daß sich einige Ergebnisse und Entscheidungen nur mit Hilfe der Billigkeit erklären lassen. Das bekannteste Beispiel für eine solche Billigkeitsentscheidung ist die Annahme einer "obligation de sécurité" in bestimmten Verträgen[2]. Die französischen Gerichte haben bei einigen Verträgen einem der Vertragspartner im Wege der Auslegung eine "obligation de sécurité" auferlegt, obwohl die Vertragsbestimmungen klar und eindeutig waren und eine solche Verpflichtung nicht umfaßten[3]. Zum ersten Male wurde eine "obligation de sécurité" in Personen-Beförderungsverträgen festgestellt. In dem bekannten Urteil vom 21. 11. 1911 führt die Zivilkammer des Kassationshofes aus:

> "..... les compagnies de chemin de fer s'étant engagées, par leur cahier des charges, à assurer le transport des agents nécessaires au service des postes, ont, pour cela même, l'obligation de les conduire, comme tous les voyageurs, sains et saufs à destination."4)

Mußte der durch einen Unfall geschädigte Reisende bisher den häufig schwierigen Beweis führen[5], daß der Unfall auf ein Verschulden des Beförderers zurückzuführen ist, so brauchte er jetzt nur noch darzulegen, daß er nicht "sain et sauf" am Reiseziel angekommen ist, um die Verurteilung seines Vertragspartners auf Schadensersatz herbeizuführen. Der Beförderer kann sich seiner Verurteilung dann nur durch den Nachweis entziehen, daß der Schaden auf einem Umstand beruht, der ihm nicht zurechenbar ist.

Die französischen Gerichte haben eine "obligation de sécurité"

---

1) Marty, a. a. O., S. 93; Mazeaud, Bd. II, No. 351; Domergue, S. 202

2) Boulanger, a. a. O., No. 105; Marty-Raynaud, Bd. II, No. 216; vgl. insbesondere Josserand, L'essor moderne du concept contractuel, Etudes en l'honneur de F. Gény, Bd. II, S. 340

3) Vgl. Mazeaud, Bd. II, Nos. 125 u. 351

4) Civ. 21. 11. 1911, D.P. 1913.1.249

5) Entsprechend der allgemeinen Beweislastverteilung

später noch in zahlreichen anderen Verträgen festgestellt. Insbesondere Josserand[1] hat sich kritisch mit diesem richterlichen Verfahren auseinandergesetzt, das er als eine "dénaturation systématique de la volonté des parties ou du moins de l'une d'elles" bezeichnet[2].

d. Die Nachprüfung der Vertragsauslegung durch den Kassationshof

Der Kassationshof ist reine Rechts- und keine weitere Tatsacheninstanz[3]; sein Kontrollrecht gegenüber den unteren Gerichten beschränkt sich des-halb auf Rechtsfragen. Da sich die Auslegung von Verträgen aber in erster Linie auf Tatsachen stützt, unterliegt sie folglich auch nicht der Nachprüfung durch den Kassationshof[4]. In seiner Entscheidung vom 18. 11. 1930[5] ließ der Kassationshof deshalb zwei entgegengesetzte Auslegungen einer und derselben Bestimmung zu, weil ihm beide Auslegungen plausibel erschienen.

Eine Kontrolle durch den Kassationshof erfolgt jedoch in Fragen der Qualifikation eines Vertragsverhältnisses sowie bei der Anwendung einer "clause claire et précise"; die "dénaturation" einer solchen Bestimmung hat die Aufhebung der Entscheidung zur Folge.

In einigen wenigen Fällen[6] hat sich der Kassationshof aller-

---

1) Josserand, Aperçu général des tendances actuelles de la théorie des contrats, Rev.Trim. 1937,13

2) Josserand, Etudes en l'honneur de Gény, S. 345; ders., Le contrat dirigé, D.H. 1933, Chronique, S. 89 ff

3) La Cour de cassation connaît le droit et ignore le fait

4) Grundlegend: Ch. réun., 2. 2. 1808, S. 1808.1.183; s. ferner Req. 21. 3. und 1. 5. 1906, D.P. 1912.5.9; Civ. 24. 7. 1912 und Req. 5. 8. 1912, D.P. 1913.1.85; Req. 27. 7. 1915, D. 1916.1.225; Civ. 16. 3. 1925, D.H. 1925.309

5) Civ. 18. 11. 1930, G.P. 1930.2.940

6) Es handelt sich ausschließlich um contrats d'adhésion. Auf die Notwendigkeit, die Bestimmungen des contrat d'adhésion einheitlich auszulegen, weist Marty hin, a. a. O., S. 97 ff; vgl. dazu Plaisant, Le contrôle de la Cour de cassation en matière de contrats, G. P. 1946.1, Doctrine, S. 26 f

dings nicht an diese Grenzen gehalten und selbst den Inhalt einer Bestimmung im Wege der Auslegung festgestellt.

Eine e i g e n e Auslegung hat der Kassationshof zum ersten Male in den beiden Entscheidungen vom 14. 1. 1931[1] gegeben. Der Appellationshof Besançon und der Appellationshof Paris hatten dieselbe Bestimmung einer Schuldverschreibung der Stadt Tokio gegensätzlich ausgelegt. Da die strittige Bestimmung auslegungsbedürftig war, hätte der Kassationshof beide Auslegungen gelten lassen müssen, denn eine "dénaturation d'une clause claire et précise" lag offensichtlich nicht vor.

Noch in zwei weiteren Fällen hat der Kassationshof eine strittige Bestimmung selbst ausgelegt. Der erste Fall betraf die Bestimmung eines Kfz-Haftpflicht-Versicherungsvertrages, daß bei einem Unfall ein Anspruch gegen die Versicherungsgesellschaft nur dann entstünde, wenn der Fahrer des Fahrzeugs im Besitz eines Führerscheins gewesen sei. Der Versicherungsnehmer hatte zwar eine Fahrerlaubnis, die jedoch das Führen von Lastkraftwagen nicht umfaßte. Die Versicherungsgesellschaft berief sich deshalb gegenüber dem Versicherungsnehmer, der mit einem Lastkraftwagen einen Unfall verursacht hatte, auf die obige Bestimmung. Der Kassationshof führt zu dieser Bestimmung dann folgendes aus:

> "Mais attendu que le permis de conduire visé par la police d'assurance ne peut être que le permis exigé par la police du roulage pour conduire la camionette désignée par le contrat d'assurance; ..."[2]

Der Kassationshof hatte dieselbe Bestimmung noch am 18. 10. 1937 im entgegengesetzten Sinne ausgelegt[3].

Auch der weitere Fall betraf die Auslegung einer Versicherungsbestimmung, und zwar handelte es sich um folgende Be-

---

1) Civ. 14. 1. 1931, D.P. 1931.1.5 mit Anmerkung von Savatier
2) Civ. 18. 3. 1942, S. 1943.1.13 mit Anmerkung von Houin
3) Civ. 18. 10. 1937, D.H. 1938.Somm.13

stimmung:

> "l'assuré donne à la compagnie d'assurances tous pouvoirs nécessaires pour la direction du procès et la subroge dans ses droits actifs et passifs."

In dem zu entscheidenden Falle hatte das untere Gericht den Hinterbliebenen eines Verkehrsunfallopfers 60.000 frs Schadensersatz zuerkannt. Die Versicherungsgesellschaft legte gegen dieses Urteil Rechtsmittel ein und den Hinterbliebenen wurde in dieser Instanz ein Betrag von 110.000 frs zugesprochen. Der Versicherungsnehmer, der einen Versicherungsschutz lediglich in Höhe von 100.000 frs genoß, verlangte von seiner Versicherungsgesellschaft Befreiung in voller Höhe. Das angerufene Gericht hatte dem Begehren mit der Begründung stattgegeben,

> "que le pouvoir de direction du procès en responsabilité conféré à la compagnie d'assurances doit être limité aux moyens de défense utiles à l'assuré personnellement, ..."

Der Kassationshof hat die Entscheidung aufgehoben, wobei er in seinen Gründen unter anderem ausführt:

> "Mais attendu que les termes clairs et précis du contrat d'assurance confèrent à l'assureur tous les pouvoirs nécessaires à la direction du procès et n'exigent pas qu'il n'en soit fait usage que pour le seul intérêt de l'assuré ...."1)

Trotzdem sind die Fälle, in denen der Kassationshof seine eigene Auslegung gegeben hat, Ausnahmen geblieben. Es gilt nach wie vor der Grundsatz, daß der Tatrichter nicht der rechtsinstanzlichen Kontrolle unterliegt, soweit es sich um Fragen reiner Vertragsauslegung handelt.

---

1) Civ. 4. 5. 1942, G.P. 1942.2.57, D.C. 1942.131. Zur Stellung des Kassationshofes vgl. die grundlegende Arbeit von Marty, La distinction du fait et du droit (Essai sur le pouvoir de contrôle de la Cour de cassation sur les juges du fait); ferner Henri und Léon Mazeaud, Pouvoirs des juges dans l'interprétation des contrats, Rev.Trim. 1948.332 f

§ 3 Die Lehrmeinungen zur Rechtsnatur und Auslegung des contrat d'adhésion

I. Die Rechtsnatur des contrat d'adhésion

1. Einleitung

In § 2 dieser Arbeit ist dargelegt worden, daß die Vertragsgestaltung des Code Civil auf den klassischen Individualvertrag zugeschnitten ist, der aus der wirklichen W i l l e n s e i n i g u n g der Vertragspartner hervorgeht. Die Eigenart des contrat d'adhésion liegt nun gerade darin, daß er nicht durch eine echte Willensübereinkunft[1] wirtschaftlich gleichgestellter Partner zustande kommt, sondern sein Inhalt von dem wirtschaftlich überlegenen Proponenten einseitig dik-tiert wird[2]. Die Freiheit der inhaltlichen Gestaltung ist dem Adherenten als Folge seiner wirtschaftlichen Unterlegenheit genommen[3].

2. Die Antivertragstheorien (théories anticontractuelles)

Einigen französischen Rechtsgelehrten wie Saleilles, Duguit und Hauriou war beim modernen Massenvertrag insbesondere das Merkmal der einseitigen Bestimmung des Inhalts durch den Proponenten aufgefallen. Sie haben deshalb die Behauptung aufgestellt, daß dieser Vertragstypus nicht mehr als Vertrag im herkömmlichen Sinne betrachtet und behandelt werden könne, sondern besser als "acte unilatéral" bzw. "acte de nature réglementaire" angesehen werden sollte.

---

1) Gaudemet, S. 52 ff

2) Marty-Raynaud, Bd. II, No. 116: "De tels contrats se caractérisent par le procédé de la p r é r é d a c t i o n u n i l a t é r a l e ; ..."

3) Zur Rechtsnatur vgl. Patry, Les contrats d'adhésion comme source de droit, Festgabe für den Schweizerischen Juristenverein, Bern 1955

A. Die Theorie Saleilles'

Zur Begründung seiner Antivertragsthese führt Saleilles im einzelnen folgendes aus:

> "Diese Verträge (contrats d'adhésion) sind gekennzeichnet durch die ausschließliche Vorherrschaft eines einzigen Willens, der allein handelt und das von ihm gesetzte Recht nicht nur einem einzelnen, sondern einer unbestimmten Mehrheit diktiert, der sich bereits im voraus einseitig verpflichtet und wo nur noch die "adhésion" derjenigen fehlt, die das Vertragsrecht annehmen und sich dieser einseitigen Verpflichtung bemächtigen."1)

Während der Vertrag im herkömmlichen Sinne auf einem "accord et concours de volontés" beruhe, gäbe es bei dem contrat d'adhésion im Grunde nur "des manifestations unilatérales de volontés parallèles"[2]. In seinen Ausführungen über die Auslegung des contrat d'adhésion verdeutlicht Saleilles seine Auffassung zur Rechtsnatur des contrat d'adhésion, indem er die Rechtsposition des Proponenten mit der des Ausstellers einer Inhaberschuldverschreibung vergleicht[3]. Von einer weitergehenden Begründung hat Saleilles indes abgesehen.

B. Die Theorie Haurious

Hauriou möchte - von den öffentlich-rechtlichen Verträgen ausgehend - den Begriff des Vertrages bei allen "actes d'adhésion" durch den des "règlement" ersetzen. Er räumt also selbst Privatunternehmungen eine Verordnungsmacht ein, die er auf den Rechtscharakter dieser Unternehmungen als

---

1) Saleilles, S. 229

2) Ähnlich unterscheidet Hémard, Bd. II, No. 1125, zwischen den "contrats par concours des volontés" und den "contrats d'adhésion", ohne jedoch dem contrat d'adhésion den Vertragscharakter abzusprechen.

3) Ähnlich erkennt Savatier, Anm. in D. 1931.1.1,8, dem Begebungsvertrag bei Inhaberschuldverschreibungen den Charakter eines "acte-règle" mit der Begründung zu, daß "le contrat d'émission d'obligations impose aux obligataires une véritable loi, impérative et égale pour tous."

"institution"[1] gründet[2]. Hauriou spricht von dem contrat d'adhésion als "une pure apparence dont le contenu réglementaire jure avec son enveloppe"[3].

C. Die Theorie Duguits

Die größte Ausdehnung überhaupt hat der contrat d'adhésion bei Duguit erfahren, indem er den Begriff des klassischen Individualvertrages sehr eng faßt[4] und alle übrigen "Verträge" als contrats d'adhésion auffaßt.

> "Le contrat c'est un accord sur un certain objet après le contact de deux volontés individuelles."5)

Seine Auffassung von der Rechtsnatur des contrat d'adhésion stellt Duguit am Beispiel des Automatenkaufs und des Beförderungsvertrages über Briefe mit der Post dar.

Wer einen Automaten öffentlich aufstelle, begründe dadurch lediglich einen "état de fait" und keinen "état de droit". Durch den Einwurf der Münze komme ein Vertrag im herkömmlichen Sinne nicht zustande, weil es an einem "accord de volontés" fehle; vielmehr handle es sich um ein einseitiges Rechtsgeschäft desjenigen, der den Automaten benutze und dadurch eine Rechtslage schaffen wolle[6].

Ebensowenig komme bei der Inanspruchnahme öffentlicher Lei-

---

1) Hauriou versteht unter dem Begriff der "institution" - "une organisation sociale objective qui a réalisé en elle l'état de droit le plus élevé, c'est-à-dire qui possède à la fois la souveraineté du pouvoir, l'organisation constitutionnelle du pouvoir avec statut, et l'autonomie juridique", Principes de droit public, S. 108

2) Anm. S. 1908.3.17 u. 137

3) Hauriou, Principes de droit public, S. 206

4) Vgl. dazu Carbonnier, Bd. II, No. 93

5) Duguit, a. a. O., S. 119

6) Duguit, a. a. O., S. 121

stungen, für die eine Gebühr zu entrichten sei, ein Vertrag zustande. Am deutlichsten werde dies bei der Briefbeförderung. Durch den "service public" sei ein "état de droit" geschaffen worden, und der einzelne könne durch Entrichtung der festgesetzten Gebühr die Beförderung des Briefes verlangen. Dieses einseitige Rechtsgeschäft des Versenders führe die Rechtswirkung deshalb herbei, weil es im Einklang mit dem "loi du service" stünde[1].

3. Die Theorien von der Doppelnatur des contrat d'adhésion

Die Autoren, die dem contrat d'adhésion eine Doppelnatur zusprechen, unterscheiden sich untereinander dadurch, daß sie teils das Vertragselement, teils das "élément réglementaire" stärker betonen.

A. Die Theorie Gounots

Gounot[2] erblickt die Eigentümlichkeit des contrat d'adhésion darin, daß sich neben der eigentlichen Vertragsvereinbarung eine "réglementation de leurs effets et de leur mode d'exécution" finde. Diese nicht vereinbarten Bestimmungen seien das alleinige Werk des Proponenten, der eine augenscheinliche wirtschaftliche Vormachtstellung und eine Verordnungsmacht innehabe. Sie stellten die "charte d'une situation institutionnelle" dar. Um seine Auffassung zu verdeutlichen, vergleicht Gounot die Situation beim Abschluß eines contrat d'adhésion mit der beim Abschluß eines Kaufvertrages. Genauso wie der Käufer sich darauf beschränke, Kaufgegenstand und Preis auszumachen, beschränke sich der Adherent darauf, die Hauptpunkte beim contrat d'adhésion zu präzisieren. Es sei eine Fiktion zu sagen, daß der Adherent beim Abschluß alle Nebenbestimmungen "wolle"; genausowenig "wolle" der Käufer beim Abschluß eines Kaufvertrages das dispositive Gesetzes-

1) Duguit, a. a. O., S. 123 f

2) Gounot, Le principe de l'autonomie de la volonté en droit privé

recht[1].

Für Gounot beruhen die Hauptbestimmungen beim contrat d'adhésion also auf einer echten Willensübereinstimmung; die Nebenbestimmungen hingegen werden vom Proponenten kraft seiner "pouvoir réglementaire" allein bestimmt.

B. Die Theorie Louis-Lucas'

Louis-Lucas[2] vertritt eine ähnliche Auffassung wie Gounot, jedoch wird bei ihm das Vertragselement stärker betont. Er vergleicht seltsamerweise den contrat d'adhésion mit der Ehe. Die Ehe sei "réglementaire", soweit das Gesetz die Pflichten der Ehepartner bestimme; sie sei "conventionnel" in der Wahl des Partners und des Güterstandes. Ebenso setze sich der contrat d'adhésion aus zwei Teilen unterschiedlicher Natur zusammen. Der eine Teil, der vom ordre public beeinflußt werde, sei "réglementaire". Die Bestimmungen dieses Teils würden vom Proponenten allein kraft seiner "puissance illimitée" ausgearbeitet, die sich vom "volonté publique" herleite. Bei der Abfassung dieser Bestimmungen beachte und entwickle der Proponent Grundsätze, die sich vom Standpunkt des ordre public als sozial befriedigend darstellten[3]. Neben der "partie réglementaire" enthalte der contrat d'adhésion den Teil, dem logischerweise die Hauptbedeutung zukomme, nämlich die eigentliche Vertragsvereinbarung[4]. Es sei immer der Wille der beiden Vertragspartner, der das Schuldverhältnis begründe; müsse der Proponent in der "partie réglementaire" die Forderungen des ordre public beachten, so müsse er sich in der "partie contractuelle" vor der notwendigen Intervention des Adherenten in Form der Adhesion beugen[5].

---

1) Gounot, a. a. O., S. 303
2) Louis-Lucas, Volonté et cause, S. 251 ff
3) Louis-Lucas, S. 255 f u. 258
4) ders., S. 256
5) ders., S. 257

4. Die herrschende Vertragstheorie

Die klassische französische Zivilrechtslehre[1] hat die Rechtsnatur des contrat d'adhésion zu keinem Zeitpunkt ernsthaft in Frage gestellt[2]. Sie betrachtet den contrat d'adhésion als echten Vertrag, auf den die allgemeinen Regeln des Vertragsrechts anzuwenden sind. Der contrat d'adhésion komme wie jeder gewöhnliche Vertrag durch den übereinstimmenden Willen des Proponenten und des Adherenten zustande, wobei die Adhesion nur eine besondere Form der Annahme sei[3]. Vor der Adhesion bestehe kein Schuldverhältnis zwischen den Vertragsschließenden, denn es verstieße gegen die Grundsätze des Code Civil, dem einzelnen die Macht zuzuerkennen, durch seinen alleinigen Willen ein solches Verhältnis zu begründen. Die Vertreter der Antivertragstheorie forderten selbst, daß der Wille des Adherenten in Form der Adhesion interveniere, damit der "acte d'adhésion" in Kraft trete; dies sei doch der beste Beweis, daß der contrat d'adhésion nicht durch den einseitigen Willen des Proponenten zustande komme. Das Neue beim contrat d'adhésion sei nur sein Name.

Die Vertreter der klassischen Zivilrechtslehre erheben gegen die Antivertragsthese zunächst den formellen Einwand, daß deren Verfechter wenigstens mit einer klaren Definition des contrat d'adhésion hätten aufwarten müssen, um ihn mit Hilfe fest umrissener Kriterien von dem klassischen Vertrage abgrenzen zu können[4]. Tatsächlich findet sich weder bei

---

1) Demogue, Bd. II, No. 631; Ripert, La règle morale, Nos. 55 ff; Colin-Capitant-de la Morandière, Bd. II, No. 605; Marty-Raynaud, Bd. II, No. 117

2) Vgl. Colin-Capitant-de la Morandière, Bd. II, No. 605; Boulanger, a. a. O., No. 4; Farjat, L'ordre public économique, S. 45

3) Boulanger, a. a. O., No. 4: "L'adhésion n'est qu'une manière de consentir."

4) Dereux, Nature juridique, S. 507 ff. Auf die Schwierigkeit, den contrat d'adhésion überhaupt zu definieren, weist Carbonnier hin, Bd. II, No. 96: "Le contrat d'adhésion n'est pas rigoureusement définissable."

Saleilles noch bei den anderen Vertretern der Antivertragsthese eine Definition des contrat d'adhésion. Erschwerend kam hinzu, daß sich ihre Verfechter als Folge ihrer unterschiedlichen Ausgangspunkte und Zielsetzungen keiner einheitlichen Terminologie bedienten. Duguit und Hauriou waren Vertreter des öffentlichen Rechts, und Saleilles war stark von dem deutschen Recht und der deutschen Terminologie beeinflußt. Zudem bediente sich Saleilles einer unklaren und mißverständlichen Terminologie[1]. Neben Fortier und Domergue ist insbesondere Missol ein Opfer der Terminologie Saleilles' geworden, denn an den Begriff der "déclaration unilatérale de volonté" anknüpfend, identifiziert sie Willenserklärung und einseitiges Rechtsgeschäft[2].

Die Verfechter der Vertragstheorie führen weiter an, daß die contrats d'adhésion zwar in einigen Fällen eine nicht zu leugnende Gefahr für den Adherenten darstellen mögen; das beruhe aber weniger auf der Technik ihres Zustandekommens als vielmehr auf der unterschiedlichen wirtschaftlichen und sozialen Situation der Vertragspartner, nämlich auf der Vormachtstellung des Proponenten gegenüber dem Adherenten[3]. Diese Ungleichheit zwischen den Vertragspartnern, die sehr häufig den Ausschluß jeglicher Diskussion vor Vertragsschluß zur Folge habe, sei kein ausreichender Grund, den Vertragsbegriff auszuschließen und nach der Auffassung des Gesetzgebers nur ausnahmsweise in den von ihm ausdrücklich genannten Fällen

---

1) Dazu vgl. die folgenden Ausführungen auf S. 1 seines Werkes "De la déclaration de volonté": "Il faut que cette volonté se soit traduite par une manifestation extérieure, ayant une valeur juridique positive: de là le nom de Déclaration de volonté, donné à toute volonté se manifestant extérieurement en vue d'un résultat juridique à réalisier; qu'elle doive le produire à elle seule, par voie de déclaration unilatérale de volonté, ou qu'elle exige une autre déclaration concordante venant concourir avec elle, peu importe."

2) Missol, a. a. O., S. 36

3) Zaksas, Les transformations du contrat et leur loi, Nos. 108 f; Marty-Raynaud, Bd. II, No. 117; Boulanger, a. a. O., No. 4

rechtlich zu berücksichtigen[1]. Tatsächlich lasse sich in fast jedem Vertrage eine gewisse wirtschaftliche und soziale Ungleichheit zwischen den Partnern feststellen[2], wenn sie im allgemeinen auch nicht so ausgeprägt sei wie gerade beim contrat d'adhésion. Außerdem solle man die Überlegenheit des Proponenten nicht überbewerten, denn er könne nicht nach freiem Belieben die Vertragsbestimmungen festlegen. Allzu unbillige Klauseln riefen gemeinsame Gegenmaßnahmen der Adherenten hervor, wie dies beispielsweise beim Einheits-Feuerversicherungsvertrag aus dem Jahre 1912 geschehen, der durch Vertreter der Versicherungsnehmer und Versicherer gemeinsam abgefaßt worden sei. Ferner könne und müsse der Staat intervenieren, wenn soziale Interessen auf dem Spiele stünden[3].

Als Gültigkeitsvoraussetzung des Vertrages seien auch zu keinem Zeitpunkt Verhandlungen über die einzelnen Vertragsbestimmungen vor Vertragsschluß angesehen worden[4]. Im übrigen böten solche Verhandlungen nicht die geringste Gewähr, daß sie zu einer Verbesserung der Rechtsposition des Adherenten führten[5].

Die einseitige Abfassung der Vertragsbestimmungen vor Vertragsschluß und das Fehlen jeglicher Diskussion bedeuteten auch nicht, daß dem Willen des Adherenten nur eine geringe oder gar keine Bedeutung zukäme[6]. Der Adherent wolle sehr wohl den angebotenen Vertrag abschließen, und zwar zu den vom Proponenten einseitig gesetzten Bedingungen. Selbst wenn diese Bedingungen Härten umfaßten, so schließe der Adherent trotzdem ab, weil ihm der Vertrag immer noch vorteilhaft genug

---

1) Sallé, S. 40 f; de Page, Bd. II, No. 551

2) Colin-Capitant-de la Morandière, Bd. II, No. 605;
Marty-Raynaud, Bd. II, No. 117

3) Sallé, S. 61

4) de Page, Bd. II, No. 551;
Mazeaud, Bd. II, No. 87;
Carbonnier, Bd. II, No. 100

5) Ripert, Le régime démocratique, No. 96

6) Ripert, La règle morale, No. 57

erscheine[1].

Die Antivertragsthese verstoße außerdem insofern gegen die Grundsätze des geltenden Rechts, als sie privaten Unternehmungen eine Verordnungsmacht zuerkenne. Allein die Träger öffentlicher Gewalt hätten das Recht, Bestimmungen zu erlassen, die sich dem einzelnen ohne dessen vorhergehende Zustimmung auferlegten[2]. Die Rechtsposition des Adherenten würde zudem durch die ausdrückliche Anerkennung einer Verordnungsmacht des Proponenten nur noch schwächer, was es doch gerade zu verhindern gälte[3].

Die Vertreter der Vertragstheorie sind schließlich der Ansicht, daß gerade die Ausgliederung des contrat d'adhésion vom praktischen Ergebnis her gesehen gegen die Antivertragsthese spräche[4]; für eine große Anzahl von Geschäften würde eine gesetzliche Regelung fehlen, so daß eine erhebliche Rechtsunsicherheit entstehen könnte[5].

II. Die Auslegung des contrat d'adhésion

Die unterschiedlichen Auffassungen zur Rechtsnatur des contrat d'adhésion finden nur unvollkommen ihr Spiegelbild in den vorgeschlagenen Auslegungsmethoden. So bieten einerseits die Verfechter der Theorien von der Doppelnatur des contrat d'adhésion keine eigene Auslegungsmethode an, und andererseits vertritt Demogue eine Auslegungsmethode, die sich der der Antivertragstheorie in hohem Maße annähert, obwohl Demogue dem

---

1) Marty-Raynaud, Bd. II, No. 117

2) Dereux, Nature juridique, S. 510 f

3) Colin-Capitant-de la Morandière, Bd. II, No. 605; Dereux, Nature juridique, S. 512; Demogue, Bd. II, No. 631: "Il ne faut pas faire tomber le contrat d'adhésion du côté où il penche déjà très fort par suite des nécessités du service, du côté de la loi privée."

4) Colin-Capitant-de la Morandière, Bd. II, No. 605

5) Dereux, Nature juridique, S. 509. Eine Zusammenstellung der Argumente gegen die Antivertragstheorie findet sich bei Domergue, S. 86 ff

contrat d'adhésion den Vertragscharakter nicht abspricht.

1. Die Auslegung nach der Antivertragstheorie
   - Hauriou und Saleilles -

Nach der Antivertragstheorie ist der contrat d'adhésion nicht das gemeinsame Werk der beiden Vertragspartner, sondern das alleinige Werk des Proponenten. Die notwendige Folge dieser Theorie ist, daß die klassische Auslegungsmethode, die auf einer "recherche de la commune intention des parties contractantes" aufbaut, auf den contrat d'adhésion nicht anwendbar ist, da der Adherent bei der Festlegung des Vertragsinhalts willentlich nicht beteiligt ist[1].

> "C'est la volonté réglementaire seule, qui compte au point de vue de l'interprétation, ... "2)

Anders als Hauriou hat Saleilles die Auslegung des contrat d'adhésion wesentlich ausführlicher behandelt. Nach der Auffassung Saleilles' muß bei der Auslegung des contrat d'adhésion nicht nach dem gemeinsamen Willen der beiden Vertragspartner geforscht werden - ein solches Verfahren sei nur bei dem klassischen Vertrag anwendbar -, vielmehr müsse allein der Wille des Proponenten ausgelegt werden, der vorherrschend gewesen sei und allein die Verbindlichkeit geschaffen habe[3].

Für die Vertreter der Antivertragstheorie nimmt der Wille des Proponenten also nicht nur beim Zustandekommen des contrat d'adhésion eine Vormachtstellung ein, sondern bei der Auslegung soll sein Wille sogar nur allein berücksichtigt werden. Es entsteht daher der Eindruck, daß dieses Auslegungssystem, das auf der Rechtsnatur des contrat d'adhésion aufbaut, die Position des Adherenten nur noch verschlechtere. Tatsächlich haben die Gegner der Antivertragstheorie darauf hingewiesen, daß die "théorie réglementaire" den Adherenten vollends

---

1) Vgl. Marty-Raynaud, Bd. II, Nos. 117 u. 218
2) Hauriou, Anm. in S. 1908.3.19
3) Saleilles, a. a. O., S. 230

opfere[1]. In Wirklichkeit ist dieser Vorwurf jedoch nicht berechtigt. Die Vertreter der Antivertragsthese wollen keineswegs den Willen des Proponenten strikt anwenden, unabhängig von der Härte einiger Bestimmungen für den Adherenten oder ihrer Nützlichkeit für den Proponenten. Bei der Auslegung und Anwendung der Bestimmungen des contrat d'adhésion soll vielmehr berücksichtigt werden, daß es sich nicht um einen klassischen Vertrag, sondern um einen "acte unilatéral" bzw. "acte réglementaire" handelt. Darum soll die Auslegung des contrat d'adhésion wie die eines Gesetzes im eigentlichen Sinne erfolgen, indem mehr das gemeinsame Interesse der Gesamtheit der Adherenten und weniger berücksichtigt wird, was der einzelne Adherent geblaubt und gewollt habe[2]. Der mit der Auslegung befaßte Richter hat sich somit nicht zu fragen, ob der Adherent die strittige Bestimmung überhaupt gekannt und wie er sie verstanden hat, er muß sie vielmehr so auslegen, wie das Gemeininteresse aller Adherenten es gebietet. Ein solches Auslegungssystem hat nach Ansicht der Befürworter der Antivertragstheorie den großen Vorteil, sehr anpassungsfähig zu sein. Sein Wert läge unter anderem darin, gewisse Bestimmungen, die mit dem eigentlichen Zweck des Geschäfts nichts zu tun haben, für unanwendbar zu erklären[3]; so enthalte insbesondere der Versicherungsvertrag sehr häufig Bestimmungen, die außerhalb des eigentlichen Versicherungsgeschäfts lägen.

Trotzdem lassen sich auf diese Weise nicht alle Härten für den Adherenten ausschließen; darum fordert Saleilles, daß der Wille des Proponenten angewendet werde

> "dans le sens de ce qu'exigent et la bonne foi et les rapports économiques en jeu, dans leur combinaison avec ces lois d'humanité qui s'imposent, dès qu'un particulier, une compagnie ou une autorité publique, touchent, par voie de

---

1) Vgl. Marty-Raynaud, Bd. II, No. 117

2) Saleilles, a. a. O., S. 230

3) Domergue schlägt vor, in diesen Fällen die Lehre vom Rechtsmißbrauch anzuwenden, S. 218 ff

règlements généraux, aux conditions de la vie économique ou sociale de l'individu"1).

Das Auslegungssystem der Antivertragstheorie stützt sich also in erster Linie auf den Willen des Proponenten, wobei dieser Wille allerdings nicht mit der im Art. 1134 I C. civ. angeordneten Strenge, sondern auf der Grundlage der Billigkeit und des guten Glaubens angewendet werden soll[2].

2. Die Auslegungsmethode nach Demogue

Obwohl Demogue nicht zu den Verfechtern der Antivertragstheorie gehört, gleicht seine Methode zur Auslegung des contrat d'adhésion doch weitgehend der der "théorie réglementaire". Demogue erblickt die Eigentümlichkeit des contrat d'adhésion darin, daß ein bestimmter Vertragstypus in unbegrenzter Zahl der Öffentlichkeit angeboten wird[3]. Diese Massenauflage von bestimmten Vertragstypen führe nach einer bestimmten Zeit zu einem "service privé d'utilité publique". Hinter jedem contrat d'adhésion finde sich also eine "organisation sociale permanente préposée à un intérêt collectif"[4], die es wegen ihrer Nützlichkeit zu erhalten gälte, damit sie die im Allgemeininteresse liegenden Bedürfnisse befriedigen könne[5]. Um ihren Erhalt zu gewährleisten, räumt Domogue dem Proponenten das Recht ein, dem Adherenten alle diejenigen Bedingungen aufzuerlegen, die für einen ordnungsgemäßen Betrieb erforderlich seien. Eine solche "autorité privée" sei für das Funktionieren des "service" unentbehrlich[6]. Demogue betont jedoch, daß dieser "service" für die Allgemeinheit arbeite und reines Mittel, nicht aber Mittel zum Zweck sei. Damit er diese

---

1) Saleilles, a. a. O., S. 230

2) Vgl. Perreau, Une évolution vers un Statut légal des Contrats, Etudes en l'honneur de Gény, S. 354 f

3) Demogue, Bd. II, No. 616

4) Demogue, Bd. II, No. 618

5) Ebenso de Page, Bd. II, No. 554:"Les contrats d'adhésion présentent, socialement, une utilité incontestable."

6) Demogue, a. a. O., No. 618

Aufgabe in der gehörigen Weise erfülle, bedürfe es einer Kontrolle, um Machtauswüchse zu verhindern; anderenfalls würden die Adherenten tyrannisiert. Solange der "service" der öffentlichen Hand unterstehe, finde die erforderliche Kontrolle statt; anders sei es nur, wenn der "service" von Privatunternehmungen betrieben werde. "Or toute volonté sans contrepoids pousse à l'abus." Es komme notwendigerweise zu Kollisionen entgegengesetzter Interessen. Man müsse bestrebt sein, grundsätzlich die widerstreitenden Interessen auszugleichen; sollte aber ein solcher Ausgleich nicht möglich sein, so müsse von Fall zu Fall eine Interessenabwägung vorgenommen werden[1]. Eine feste Regel für die geforderte Abwägung bietet Demogue jedoch nicht an; er vertritt vielmehr die Auffassung, daß man ohne eine "règle absolue" zu wesentlich feiner abgestuften Lösungen gelange und damit besser den praktischen Bedürfnissen gerecht werde. Demogue betont indes, daß die Interessenabwägung stets dem "bien du service" unterzuordnen sei.

> "Le bon fonctionnement du service étant assuré, on verra alors quel est l'intérêt le plus important à sauvegarder: celui de l'adhérent ou celui de l'administration."[2]

Um seine Theorie zu veranschaulichen, wendet er sie auf die folgenden Fälle aus der französischen Rechtsprechung zum contrat d'adhésion an:

a) Eine Versicherungspolice enthielt die Bestimmung, daß der Versicherungsnehmer der Versicherungsgesellschaft erklären müsse, ob das zu versichernde Gebäude hypothekarisch belastet sei. Es erhebe sich die Frage, ob diese Bestimmung nur Hypotheken oder aber auch andere Belastungen erfassen wolle. Da die Kenntnis dieser anderen Belastungen für den Versicherer genauso wichtig wie die Kenntnis der Hypotheken sei, müsse die Erklärungspflicht jegliche Belastungen umfassen.

---

1) Ebenso de Page, Bd. II, No. 553

2) Demogue, a. a. O., No. 618

b) In einer Versicherungspolice hieß es, daß "les indemnités d'assurances doivent être réclamées dans l'année après le sinistre".

Dem Wortlaut nach habe der Versicherungsnehmer seine Ansprüche g e r i c h t l i c h gegen den Versicherer geltend zu machen; sein Anspruch müsse jedoch auch für den Fall bestehen bleiben, daß er ihn innerhalb der Jahresfrist außergerichtlich geltend gemacht habe[1].

3. Die Auslegungsmethode nach Dereux

Die Verfechter der Antivertragstheorie mußten notwendigerweise die klassische Auslegungsmethode verwerfen, da die Art. 1134 I und 1156 ff C. civ. einen gemeinsamen Parteiwillen voraussetzen, der nach ihrer Auffassung beim contrat d'adhésion doch gerade fehlt. Eine solche Notwendigkeit bestand für die Vertreter der Vertragstheorie nicht. Wenn Dereux trotzdem eine eigene Methode zur Auslegung des contrat d'adhésion gefordert hat, so ist das seiner Einsicht zuzuschreiben, daß der Adherent eines besonderen Schutzes gegenüber dem wirtschaftlich überlegenen Proponenten bedürfe[2]. Er will den Adherenten mit Hilfe einer besonderen Auslegungsmethode schützen.

Dereux' Kritik an dem klassischen Auslegungssystem richtete sich in erster Linie gegen die Fiktionen, zu denen es zwangsläufig führte; man unterstellte den Vertragspartnern einen gemeinsamen Willen, der überhaupt nicht vorhanden war. Insbesondere bei den contrats d'adhésion sei es wenig einleuchtend, sich auf die Art. 1134 I oder 1156 C. civ. zu stützen, um eine bestimmte Vertragsbestimmung anzuwenden, weil der Adherent der in Frage stehenden Bestimmung mit großer Wahrscheinlichkeit überhaupt keine Aufmerksamkeit geschenkt, vielleicht sie nicht einmal gekannt habe.

---

1) Demogue, a. a. O., No. 618
2) Sallé, S. 43 u. 46

Auf dieser Beobachtung beruht die von Dereux angebotene Auslegungsmethode; sein Ziel ist es unter anderem, auch bei der Auslegung des contrat d'adhésion Fiktionen auszuschalten; er möchte vielmehr allein den wirklichen Parteiwillen berücksichtigt wissen[1]. Um dieses Ziel zu erreichen, ist er genötigt, die Bestimmungen des contrat d'adhésion in zwei Gruppen einzuteilen, nämlich in die "clauses essentielles" und die "clauses accessoires". Die "clauses essentielles" würden vom Adherenten meistens frei und in vollständiger Kenntnis ihres Inhalts akzeptiert, da ihrer Annahme im allgemeinen Verhandlungen vorausgingen. Der Richter habe diese Bestimmungen deshalb strikt anzuwenden, weil sie der Ausdruck des wirklichen Parteiwillens seien. Die "clauses accessoires" hingegen kenne und verstehe der Adherent nur unvollständig; er gehe davon aus, daß diese Bestimmungen lediglich die Verpflichtungen, die sich aus den "clauses essentielles" ergäben, präzisierten oder ergänzten, nicht aber das Wesen und den Inhalt des Vertrages erheblich abänderten[2]. Unter dieser stillschweigenden Einschränkung habe der Adherent die "clauses accessoires" akzeptiert[3]. Ließe man zu, daß eine Bestimmung, die dem Adherenten als nebensächlich hingestellt worden sei, den Vertragszweck in bedeutendem Umfang illusorisch machen könne, so bliebe dadurch nicht nur eine echte stillschweigende Bedingung des Vertrages, sondern auch der Grundsatz von Treu und Glauben unbeachtet. Dereux verlangt also vom Richter, daß er zunächst das Wesen des Vertrages an Hand der "clauses essentielles" feststellt, um dann die "clauses accessoires" so auszulegen, daß sie niemals diesem Wesen zuwiderlaufen. Diese Auffassung führt Dereux zu folgenden praktischen Ergebnissen:

a) Der Richter könne eine "clause accessoire" für unanwendbar

---

1) Dereux, Nature juridique, S. 527; vgl. Domergue, S. 80 ff

2) Dereux, L'interprétation, S. 201; ders., Nature juridique, S. 527 f

3) Dereux, L'interprétation, S. 211. Derselbe Gedanke findet sich bereits bei Dollat, S. 108

erklären, wenn sie dem Adherenten eine Verpflichtung auferlege, die auch ein "homme honnête et vigilant" mit großer Wahrscheinlichkeit nicht vertragsgemäß erfüllt haben würde, weil sie im Widerspruch zur Vorstellung stünde, die sich der Adherent aufgrund der "clauses essentielles" gemacht habe[1]. Dereux veranschaulicht seine Ansicht an einem Beispiel aus dem Versicherungsrecht.

Versicherungsverträge hatten im allgemeinen eine Laufzeit von 10 Jahren. In einigen Versicherungspolicen fand sich unter den "clauses accessoires" die Bestimmung, daß der Versicherungsnehmer die Versicherung spätestens 6 Monate vor dem Ablauf dieser 10 Jahre kündigen müsse, anderenfalls gälte der Vertrag als um weitere 10 Jahre verlängert. Eine solche Bestimmung führt nach der Auffassung Dereux' dazu, daß der Versicherungsnehmer gewöhnlich nicht nur 10 Jahre, sondern die doppelte Zeit verpflichtet werde, denn nach Ablauf von 9 1/2 Jahren erinnere er sich im allgemeinen nicht mehr an diese Bestimmung und die ihm daraus erwachsende Verpflichtung. Da die Geltungsdauer eines Versicherungsvertrages aber Gegenstand einer "clause essentielle" sei, könne sie nicht durch die einfache "clause accessoire" heraufgesetzt werden. Dereux kommt deshalb zu dem Schluß, daß eine Kündigung im Augenblick des Ablaufs der ersten 10 Vertragsjahre wirksam sei[2].

b) Vertragsstrafen, die durch "clauses accessoires" geregelt seien, dürften nur den alleinigen Zweck haben, den Adherenten zur Erfüllung seiner Vertragspflichten anzuhalten und den Proponenten in Höhe seines Schadens wegen Nichterfüllung zu entschädigen. Entstehe durch die ungewöhnliche Höhe der Vertragsstrafe jedoch der Eindruck, daß der Proponent mit der Vertragsstrafe hauptsächlich ein anderes Ziel verfolge, so müsse der Richter das Recht haben, sie auf ein vernünftiges

---

1) Dereux, L'interprétation, S. 202, ders.; Nature juridique, S. 528

2) Dereux, L'interprétation, S. 187; ders., Nature juridique, S. 529

Maß in den Grenzen der Billigkeit herabzusetzen[1]. Dereux verweist in diesem Zusammenhang auf zwei Entscheidungen des Kassationshofes.

Im ersten Falle hatte ein Arbeitgeber gegen eine Arbeiterin eine in der Betriebsordnung vorgesehene Geldstrafe in Höhe von 10 frs festgesetzt, weil die Arbeiterin in Holzschuhen die Fabrik betreten hatte. In der Entscheidung des durch die Arbeiterin angerufenen Arbeitsgerichts war die Strafe auf 0,50 frs herabgesetzt worden; der Kassationshof hat diese Entscheidung dann aufgehoben.

Den zweiten Fall entnimmt Dereux dem Versicherungsrecht. Aufgrund einer Bestimmung des Versicherungsvertrages war der Versicherungsnehmer verpflichtet, jede Zweitversicherung der Versicherungsgesellschaft anzuzeigen. Eine solche Anzeige unterblieb dann. Obwohl die Versicherungsgesellschaft vor Eintritt des Versicherungsfalles von der abgeschlossenen Zweitversicherung wußte, berief sie sich im Schadensfalle auf die unterlassene Anzeige. Die Entscheidung des Appellationshofes, die den Verfall des Versicherungsanspruchs wegen Nichtanzeige ausgesprochen hatte, wurde vom Kassationshof aufrechterhalten.

Beide Entscheidungen hält Dereux für zu hart. Art. 1134 III C. civ. gebiete den Gerichten im ersten Falle, die Geldstrafe auf ein Maß herabzusetzen, das dem erlittenen Schaden des Arbeitgebers durch die Nichtbeachtung der Vorschrift entspräche; im zweiten Falle müsse die Versicherungsgesellschaft zur Leistung verurteilt werden, weil sie Kenntnis von der Zweitversicherung gehabt habe. Wenn sich die Versicherungsgesellschaft vor Eintritt des Versicherungsfalles entscheide, am Vertrag festzuhalten, dürfe sie nicht nur die Vorteile des Vertrages in Form der Prämien weiterhin erlangen, sondern müsse sie auch die Lasten des Vertrages weiter tragen[2].

---

1) Dereux, L'interprétation, S. 203; ders., Nature juridique, S. 529

2) Dereux, Nature juridique, S. 530

Dereux ist der Ansicht, daß in beiden Fällen die Bestimmungen wegen der Strenge, mit der sie vom Proponenten angewandt worden seien, das Wesen des Vertrages vollkommen verändert hätten. Es handle sich bei ihnen um wahre Fallen, die der Proponent dem Adherenten gestellt habe[1].

Die Theorie Dereux' ist augenscheinlich auf einige Entscheidungen der französischen Rechtsprechung zurückzuführen. In ständiger Rechtsprechung geben die Gerichte im Falle eines Widerspruchs zwischen gedruckten und handgeschriebenen Bestimmungen letzteren den Vorzug. Dereux ist allerdings noch einen Schritt weitergegangen, indem er fordert, daß man diesen Grundsatz auch anwende, "quand il y a contradiction dans l'esprit de ces deux espèces de clauses"[2]. Dieser Gedanke der Hierarchie zwischen den "clauses essentielles" und den "clauses accessoires" nimmt bei Dereux den zentralen Platz ein. "Le respect de l'esprit des clauses essentielles doit dominer tout."[3]

Die Auslegungsmethode Dereux' ist insbesondere von Hauriou und Fortier[4] kritisiert worden. Hauriou bezeichnet Dereux' Auffassung zum contrat d'adhésion als "furieusement contractuelle"[5].

---

1) Dereux, Nature juridique, S. 530 u. 534: "... le fait répréhensible, c'est de les introduire par surprise dans un acte juridique."

2) Dereux, Nature juridique, S. 531; vgl. auch ders., L'interprétation, S. 202

3) Dereux, Nature juridique, S. 530

4) Zum Schutz des Adherenten vor unbilligen Bestimmungen fordert Fortier, S. 174, den Erlaß einer gesetzlichen Bestimmung, die vom Zweck und Inhalt her der des § 138 Abs. 2 BGB gleicht. Er bietet sogar einen Wortlaut für die von ihm geforderte Bestimmung: "Sont nulles, comme contraires aux bonnes moeurs, les conditions d'un contrat qui, ayant pour conséquence une lésion anormale d'une des parties, ont été acceptées par elle dans un état de besoin, de légèreté d'esprit ou d'inexpérience, à moins que la partie qui en bénéfice ne prouve que leur insertion au contrat est motivée par des faits autres que l'état d'infériorité du lésé."

5) Anm. von Hauriou in S. 1908.3.17,19

§ 4 Die Rechtsprechung zum contrat d'adhésion

I. Die Haltung der französischen Gerichte gegenüber dem contrat d'adhésion im Allgemeinen

Die Auseinandersetzung in der französischen Rechtslehre über die Rechtsnatur des contrat d'adhésion ist im großen und ganzen ohne Einfluß auf die französische Rechtsprechung geblieben; sie hat es nicht einmal für notwendig erachtet, die Antivertragstheorie überhaupt zu erwähnen, geschweige denn, sich mit ihr auseinanderzusetzen[1]. Der contrat d'adhésion wird seit alters her als gewöhnlicher Vertrag behandelt, der auf dem gemeinsamen Willen der Vertragspartner beruht[2]. Die Gerichte sprechen vom "contrat d'assurance","contrat de travail" und vom "contrat de transport par chemin de fer"[3]. Auslegung und Anwendung der Bestimmungen des contrat d'adhésion stehen deshalb in der französischen Rechtsprechung vollkommen im Zeichen der Art. 1134 I und 1156 ff C. civ.[4]. Untersucht man die ergangenen Entscheidungen zum contrat d'adhésion, so wird ersichtlich, daß sie auf diesem zentralen Gedanken beruhen, und die Gerichte legen größten Wert darauf, in der Urteilsbegründung auf den Art. 1134 C. civ. zu verweisen. Allein die Arbeitsgerichte machten bisweilen eine Ausnahme[5]. Der Kassationshof hat deshalb die Arbeitsgerichte wiederholt an den Art. 1134 I C. civ. erinnert, weil sie auf der Grundlage der Billigkeit entschieden und das im Art. 1134 I C. civ. enthaltene strenge Gebot an die Gerichte außer acht

---

1) Ripert, Le régime démocratique, No. 96: "... la jurisprudence a boudé."; Dereux, Nature juridique, S. 511 f

2) Morandière, Bd. II, No. 301

3) Colin-Capitant-de la Morandière, Bd. II, No. 605

4) Domergue, S. 111

5) Domergue, S. 118 f u. 206

gelassen hatten[1]. Die unterschiedliche Situation beim contrat d'adhésion in Gestalt der wirtschaftlichen und sozialen Überlegenheit des Proponenten gegenüber dem Adherenten lassen die Gerichte im allgemeinen unberücksichtigt. Nur bei unklaren Bestimmungen wird stets zugunsten des Adnerenten ausgelegt und insofern die gesetzliche Bestimmung des Art. 1162 C. civ. [2] beim contrat d'adhésion durchbrochen. Die französische Rechtsprechung hat aber in ihrer Gesamtheit die ungewöhnliche Härte einer klaren und eindeutigen Bestimmung zu keinem Zeitpunkt als ausreichend angesehen, um sie zugunsten des Adherenten zu mildern. So finden sich Entscheidungen des Kassationshofes auf dem Gebiete des Arbeitsrechts, in denen vom Arbeitgeber festgelegte Vertragsstrafen für rechtens erklärt werden, obwohl sie einen halben Monatslohn des Arbeitnehmers überstiegen und der erlittene Schaden des Arbeitgebers erheblich unter der verhängten Geldstrafe lag[3]. Der Kassationshof stellt in solchen Fällen ganz einfach fest, daß die betreffende Bestimmung der Betriebsordnung klar und deshalb keiner Auslegung zugänglich sei und daß die

---

1) Civ. 20. 12. 1852, S. 1853.1.105, D.P. 1853.1.95; Civ. 12. 12. 1853, S. 1854.1.334, D.P. 1854.1.20; Civ. 14. 2. 1866, D.P. 1866.1.84; Civ. 15. 4. 1872, D.P. 1872.1.176; Civ. 7. 8. 1877, D.P. 1878.1.384; Civ. 6. 11. 1895, D.P. 1896.1.286; Civ. 20. 6. 1900, D.P. 1900.1.422; vgl. ferner Anm. zu Civ. 15. 4. 1872, D.P. 1872.1.176 und Farjat, L'ordre public économique, S. 171 f. Die zitierten Entscheidungen des Kassationshofs haben in besonderem Maße einen Teil der französischen Rechtslehre bestimmt, eine Sonderbehandlung des contrat d'adhésion zu fordern.

2) Art. 1162 C. civ.: "Dans le doute, la convention s'interprète contre celui qui a stipulé et en faveur de celui qui a contracté l'obligation."
Übers.: "Im Zweifel wird der Vertrag gegen den Gläubiger und zugunsten des Schuldners ausgelegt."

3) s. Civ. 14. 2. 1866, D.P. 1866.1.84. Bemerkenswert sind die Gründe, von denen sich das Arbeitsgericht, dessen Entscheidung vom Kassationshof aufgehoben wurde, hatte leiten lassen: "Attendu, que la loi doit protection à ceux que leur position d'esprit ou de fortune met à la merci des autres; que dans l'espèce, le fabricant est sans contradicteurs, car il peut toujours trouver des ouvriers qui acceptent ses conditions; ..."

rechtmäßigen Bestimmungen das Recht der Vertragspartner darstellten.

II. Die Gültigkeitsvoraussetzungen des consentement im Sinne des Art. 1108 C. civ.

Nach der Feststellung, daß der contrat d'adhésion in der französischen Rechtsprechung als gewöhnlicher Vertrag behandelt wird, soll nunmehr untersucht werden, welche Voraussetzungen vorliegen müssen, damit der Adherent überhaupt verpflichtet wird, und in welchem Umfange diese Verpflichtung eintritt[1].

Es gehört zum Wesen des contrat d'adhésion, daß der Proponent einen Vertragsschluß nur unter der Bedingung einer "adhésion pure et simple" durch den Adherenten will. Der Adherent widmet aber im allgemeinen seine gesamte Aufmerksamkeit allein den Hauptpflichten, den Nebenbestimmungen hingegen schenkt er keine oder nur wenig Beachtung, so daß er sie häufig dem Inhalte nach nicht kennt, manchmal nicht einmal von ihrem Bestehen weiß[2]. Nach der vom französischen Gesetzgeber konzipierten Willenstheorie könnte eine Verpflichtung des Adherenten allein im Rahmen des "gewollten" Vertrages eintreten; ein solches Ergebnis würde jedoch dem Bedürfnis des Proponenten, unpersönliche und inhaltlich gleiche Massenverträge abzuschließen, in keiner Weise gerecht. Es galt deshalb für die französischen Gerichte, eine vermittelnde Lösung zu finden[3].

1. Ausdrückliches Einverständnis des Adherenten mit dem Vertragsinhalt

Keine besonderen Schwierigkeiten bereiten der Rechtsprechung

---

1) Vgl. Domergue, S. 45 ff

2) Hierzu vgl. Anm. von Carette und de Couder zu Civ. 10. 8. 1874, S. 1875.1.25 sowie Anm. von Gény zu Civ. 31. 7. 1930, S. 1931.1.281 f; ferner Domergue, S. 45 f

3) Vgl. Dereux, Nature juridique, S. 515 f u. S. 525

die Fälle, in denen die Adhesion ausdrücklich erfolgt[1]. Eine ausdrückliche Adhesionserklärung liegt insbesondere vor, wenn der Adherent ein Vertragsformular unterzeichnet, das auf der Rückseite die allgemeinen Geschäftsbedingungen enthält. Durch seine Unterschrift wird der Adherent in vollem Umfange verpflichtet, auch wenn er sich nicht der Mühe unterzogen hat, den Inhalt der allgemeinen Vertragsbedingungen zu prüfen und jede einzelne Bestimmung zu billigen. Grundlegend ist die versicherungsrechtliche Entscheidung des Kassationshofes vom 1. 2. 1853:

> "Attendu que si la signature apposée par les contractants au bas de la police implique, de leur part, la connaissance et l'acceptation de toutes les stipulations qui l'ont précédée, sans qu'il y ait lieu de distinguer entre celles qui ont été exprimées en caractères imprimés et celles qui se trouvaient tracées à la main; ..."[2]

Der Appellationshof Paris hatte die Geltung der strittigen Verfallklausel mit der Begründung verneint, daß sie nicht handgeschrieben gewesen sei, sondern sich unter den allgemeinen gedruckten Bestimmungen befunden habe und deshalb leicht der Aufmerksamkeit des Versicherungsnehmers hätte entgehen können[3].

Der Kassationshof hat diesen ursprünglichen Standpunkt in allen späteren Entscheidungen beibehalten[4].

2. Stillschweigende Übereinkunft

Fehlt es an einer ausdrücklichen Adhesionserklärung, so muß aus den sonstigen Umständen des Falles - insbesondere aus dem Verhalten des Adherenten vor oder beim Vertragsschluß -

---

1) Vgl. Domergue, S. 42 u. 160

2) Civ. 1. 2. 1853, D.P. 1853.1.77, S. 1856.1.892

3) Paris, 19. 12. 1849, S. 1850.2.185

4) Civ. 13. 7. 1874, S. 1874.1.365; Civ. 10. 8. 1874, S. 1875.1.25; Civ. 30. 3. 1892, S. 1893.1.13; Civ. 14. 2. 1921, S. 1922.1.102; Civ. 20. 2. 1923, D.P. 1926.1.43

geschlossen werden, ob der Adherent den Willen hatte, die allgemeinen Vertragsbedingungen als Vertragsbestandteil zu akzeptieren. Es obliegt dem Proponenten, den Beweis zu erbringen, daß eine Adhesion erfolgt ist[1]. Der Nachweis eines nicht ausdrücklich erklärten Willens wird oft zwar nur schwer zu erbringen sein, im französischen Recht besteht jedoch die Möglichkeit, diesen Beweis mit Hilfe von Vermutungen zu führen. So wird nach ständiger Rechtsprechung die Entgegennahme einer Fahrkarte als gleichzeitige Annahme der rückseitig gedruckten allgemeinen Geschäftsbedingungen angesehen[2]. Die allgemeinen Geschäftsbedingungen werden somit bereits zu einem Zeitpunkt verbindlich, zu dem der Adherent von ihrem Inhalt noch nicht einmal Kenntnis nehmen konnte. Dieses Ergebnis läßt sich nicht mehr auf die im französischen Recht geltende Willenstheorie gründen und hat deshalb zu zahlreichen Prozessen Anlaß gegeben[3]. Aufschlußreich ist in diesem Zusammenhang eine Entscheidung des Tribunal de Commerce de la Seine, der folgender Sachverhalt zugrunde lag: Der Kläger hatte eine Theaterkarte gekauft, auf deren Rückseite sich die Bestimmung befand, daß der Theaterbesucher während der Vorstellung keinen Einlaß zum Theatersaal erhalte. Als das Theaterstück gerade begonnen hatte, erschien der Kläger und begehrte Einlaß, der ihm jedoch unter Hinweis auf die oben angeführte Bestimmung verwehrt wurde. Der Kläger verlangte deshalb Schadensersatz mit der Begründung, daß diese Bestimmung nicht verbindlich geworden sei, weil er erst nach Vertragsschluß von ihr Kenntnis erlangt habe; die strittige Bestimmung sei auch nicht anderweitig veröffentlicht worden. Die Eintrittskarte müsse als bloße Quittung betrachtet werden. Das angerufene

---

1) Trib.com.Seine, 2. 6. 1947, G.P. 1948.1.18; Com. 31. 1. 1950, G.P. 1950.1.241; Colmar, 24. 11. 1950, D. 1951.150 mit Anmerkung von Léon Mazeaud

2) Civ. 9. 3. 1942, D.C. 1942.61; Lyon, 23. 7. 1952, D. 1952.586. Hingegen werden die rückseitig gedruckten Bestimmungen nicht mehr wirksam, wenn die Fahrkarte erst während der Fahrt ausgehändigt wird, Trib.com.du Havre, 21. 3. 1892, D.P. 1894.1.441; Civ. 19. 3. 1894, S. 1895.1.353

3) Vgl. Gaudemet, S. 54

Gericht hat die Klage als unbegründet abgewiesen[1].

A. Bedeutung der öffentlichen Bekanntmachung Allgemeiner Vertragsbedingungen

Eine sofortige Bindung tritt des weiteren in den Fällen ein, in denen der Adherent zwar keine positive Kenntnis vom Bestehen der allgemeinen Geschäftsbedingungen hat, vor Vertragsschluß aber eine öffentliche Bekanntmachung erfolgt ist[2]; so insbesondere bei der Veröffentlichung der Tarife von Verkehrsbetrieben. Die Rechtsprechung gibt hier offensichtlich die Willenstheorie zugunsten der Erklärungstheorie auf[3], denn in den Entscheidungsgründen heißt es ausdrücklich, daß der Adherent die Bestimmungen zwar nicht gekannt habe, er sie aber hätte kennen können und müssen; wegen dieser Möglichkeit der Kenntnisnahme durch den Adherenten habe der Proponent darauf vertrauen dürfen, daß die Adhesion en bloc erfolge[4].

Die Rechtsprechung betrachtet den Adherenten ferner an die allgemeinen Geschäftsbedingungen gebunden, wenn sie in dem Geschäftslokal des Proponenten allgemein sichtbar ausgehängt sind.

Die französischen Gerichte sind von den obengenannten Grundsätzen jedoch des öfteren abgewichen, indem sie die Geltung der allgemeinen Geschäftsbedingungen von der tatsächlichen Kenntnis abhängig gemacht haben[5]. Insbesondere in den Fällen, in denen der Proponent die vom Gesetzgeber getroffene Regelung zum Nachteil des Adherenten abbedungen hat, wird der Nachweis der tatsächlichen Kenntnis gefordert[6]. Vor

---

1) Trib.com.Seine, 19. 4. 1900, Le Droit, 28. 5.1900

2) Poitiers, 20. 2. 1946, G.P. 1946.1.160

3) Gaudemet, S. 54

4) Poitiers, 20. 2. 1946, G.P. 1946.1.160

5) Paris, 3. 5. 1949, G.P. 1949.2.26

6) Vgl. Anm. zum Urteil des Appellationshofes Paris vom 22. 3. 1924, G.P. 1924.2.56

allem bei Haftungsausschluß- und Haftungsbeschränkungsklauseln ist die Geltung wiederholt mit der Begründung verneint worden, daß der Adherent keine Kenntnis gehabt oder sie nicht akzeptiert habe[1]. Die Feststellung, ob eine Bestimmung der allgemeinen Geschäftsbedingungen Vertragsbestandteil geworden ist, ist Tatfrage und unterliegt daher nicht der Nachprüfung durch den Kassationshof[2]. Somit war den unteren Gerichten ein Weg eröffnet, den Adherenten auf sehr wirksame Weise zu schützen. Es kann sogar gesagt werden, daß diese Methode sich als wirksamste im Kampf gegen unbillige Bestimmungen der contrats d'adhésion erwiesen hat[3].

B. Das Wirksamwerden von Haftungsausschluß- und Haftungsbeschränkungsklauseln

Am Beginn dieser Rechtsprechung zum Schutze des Adherenten steht eine Entscheidung des Appellationshofes Algier vom 16. 12. 1846[4], der folgender Sachverhalt zugrunde lag: Die Klägerin hatte bei einer Dampfschiffahrtsgesellschaft, deren Schiffe zwischen Algerien und Frankreich verkehrten, eine Fahrkarte gelöst und mit der Fahrkarte ein Formular ausgehändigt erhalten, das unter anderem eine Haftungsausschlußklausel für abhanden gekommenes Gepäck enthielt. Ein Reisekoffer der Klägerin war beim Entladen verloren gegangen, und die Klägerin verlangte deshalb Geldersatz von der Schiffahrtsgesellschaft. Das angerufene Gericht, das Tribunal d'Alger, hatte die Klage als unbegründet zurückgewiesen. Der Appellationshof Algier verurteilte die Schiffahrtsgesellschaft dann

---

1) Trib.com.du Havre, 21. 3. 1892, D.P. 1894.1.441; Civ. 20. 5. 1912, G.P. 1912.1.679, S. 1912.1.368, D. 1912.1.259; Paris, 22. 3. 1924, G.P. 1924.2.56; Req. 7. 12. 1936, D.H. 1937.17; Trib.com.Seine, 2. 6. 1947, G.P. 1948.1.18; Paris, 3. 5. 1949, G.P. 1949.2.26 f

2) Civ. 16. 7. 1906, S. 1909.1.493; Req. 7. 12. 1936, D. H. 1937.17; Com. 31. 1. 1950, G.P. 1950.1.241

3) Vgl. Carbonnier, Bd. II, No. 101; Marty-Raynaud, Bd. II, No. 117

4) Algier, 16. 12. 1846, D.P. 1847.2.1

mit der Begründung, daß die Haftungsausschlußklausel zwar nicht schlechthin unwirksam sei[1]; da sie jedoch von der gesetzlichen Regelung des Art. 1782 C. civ. abweiche und zudem dem Wesen des Beförderungsvertrages zuwiderlaufe, reiche die bloße Möglichkeit der Kenntnisnahme durch den Adherenten nicht aus, um die Geltung der strittigen Bestimmung zu begründen[2].

Die Haltung, die der Appellationshof Algier in seinem oben zitierten Urteil gegenüber Haftungsausschlußklauseln eingenommen hat, ist von der Rechtsprechung beibehalten worden[3]. So hat der Appellationshof Paris die Geltung einer solchen Klausel in dem folgenden Fall an der mangelnden Kenntnis des Adherenten scheitern lassen[4]: Der beklagte Spediteur, der mit dem Kläger in laufender Geschäftsverbindung stand, hatte auf seinen Firmenbogen eine Haftungsbeschränkungsklausel drucken lassen. Obwohl der Kläger im Rahmen früherer Geschäftsabschlüsse in den Besitz solcher Briefbogen gelangt war, hat der angerufene Appellationshof die Geltung der Bestimmung verneint, weil es bei dem in Frage stehenden Vertragsschluß nicht zu einem Briefwechsel zwischen den Parteien gekommen sei.

Die bloße Möglichkeit, vor Vertragsschluß von der Haftungsausschlußklausel Kenntnis zu nehmen, sieht auch der Appellationshof Lyon als unzureichend für eine Geltung an[5]. In dem

---

1) Bei Annahme ihrer Unwirksamkeit hätte sich der Appellationshof auf Art. 6 C. civ. gestützt

2) Appellationshof Algier: "...; qu'une pareille clause est contraire à l'essence du contrat de louage de service, et qu'elle n'est consentie ni expressément ni tacitement par les voyageurs, qui, en recevant leur bulletin, ne sont jamais mis en demeure d'accepter ou de rejeter chaque clause particulière qu'il contient."

3) Civ. 20. 10. 1914, S. 1915.1.39; Paris, 2. 11. 1921, G.P. 1921.2.466; Paris, 22. 3. 1924, G.P. 1924.2.56; Paris, 28. 11. 1925, G.P. 1926.1.124; Trib.com.Seine, 2. 6. 1947, G.P. 1948.1.18; Paris, 3. 5. 1949, G.P. 1949.2.26; Com. 31. 1. 1950, G.P. 1950.1.241

4) Paris, 18. 7. 1923, G.P. 1923.2.469

5) Lyon, 23. 7. 1952, D. 1952.586

zu entscheidenden Falle hatte die beklagte Reisegesellschaft in ihre Prospekte die Haftungsausschlußklausel für abhanden gekommenes Reisegepäck aufgenommen. Bevor die Klägerin ihre Reise gebucht hatte, war ihr ein Exemplar dieses Prospekts ausgehändigt worden. Trotzdem ist die Beklagte mit der Begründung verurteilt worden, daß die Haftungsausschlußklausel nicht auf der Fahrkarte gedruckt gewesen sei, und sie deshalb nicht gegen die Klägerin geltend gemacht werden könne. Den Beweis, daß die Klägerin vor der Aushändigung der Fahrkarte Kenntnis von dieser Bestimmung hatte, konnte die Beklagte nicht erbringen.

Eine feste Rechtsprechung liegt ferner zur Geltung der Haftungsbeschränkungsklausel der Gastwirte für eingebrachte Sachen vor. Es ist dem Gastwirt zwar nicht verwehrt, von der Bestimmung des Art. 1953 C. civ. abzuweichen und seine Haftung zu beschränken, ihn trifft jedoch die Beweislast, daß der Gast der abweichenden Regelung zugestimmt hat. Diesen Beweis sehen die Gerichte aber noch nicht dadurch als erbracht an, daß der Gastwirt auf einen im Lokal ausgehängten Anschlag verweist;

> "un tel avis n'impliquant nullement qu'il ait été accepté par le voyageur, ni même que celui-ci en eu connaissance; ..."[1]

C. Die Arbeits- und Betriebsordnung

Weniger streng sind die Gerichte, wenn es um die Geltung der Bestimmungen der Arbeits- und Betriebsordnung geht. In Anbetracht des Dauerschuldverhältnisses, das zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmer besteht, wird eine Geltung selbst in den Fällen bejaht, in denen eine Bestimmung von der üblichen Regelung abweicht, ohne daß es einer ausdrücklichen Annahme durch den Arbeitnehmer bedarf[2].

---

1) Trib.civ.Toulon, 4. 6. 1952, D. 52.769;
vgl. ferner Lyon, 12. 6. 1950, D. 1951.Somm.2

2) Civ. 16. 7. 1906, S. 1909.1.493 f

So hatte in einem Falle der Inhaber einer Textilfabrik in seine Betriebsordnung eine Bestimmung aufgenommen, die eine Kündigungsfrist für Arbeitnehmer und Arbeitgeber festlegte, die über die üblichen Fristen in der betreffenden Branche hinausging. Eine Arbeiterin, die lediglich die übliche Kündigungsfrist gegen sich gelten lassen wollte, wurde von dem Fabrikanten auf Schadensersatz verklagt, weil sie die in der Betriebsordnung vorgesehene Frist nicht eingehalten hatte. Das angerufene Arbeitsgericht verneinte die Geltung der strittigen Bestimmung mit der Begründung, daß von der üblichen Regelung "ne saurait être dérogé que par des conventions expresses signées des deux parties". Die Entscheidung des Arbeitsgerichts ist vom Kassationshof aufgehoben worden, und zwar heißt es in den Gründen:

> "Mais attendu qu'à raison de la qualité des parties et de la nature des conventions, la preuve pouvait s'en faire par témoins et même par de simples présomptions."1)

Der Kassationshof hat diesen ursprünglichen Standpunkt auch in seinen späteren Entscheidungen beibehalten. Voraussetzung für eine Geltung der Bestimmungen ist somit, daß der Arbeitnehmer sie gekannt und akzeptiert hat[2)], wofür den Arbeitgeber die Beweislast trifft[3)]. Diesen Beweis kann der Arbeitgeber jedoch mit Hilfe von Vermutungen führen[4)], und der Beweis wird im allgemeinen als erbracht angesehen bei einer Betriebsordnung

> "ostensiblement affiché à l'intérieur de l'atelier, dans un cadre apparent, appendu près de la porte d'entrée"5)

Allerdings entbindet ein solcher Anschlag den Tatrichter nicht von der Pflicht, in jedem Falle erneut zu prüfen, ob

---

1) Civ. 16. 1. 1866, D. 1866.1.64
2) Civ. 15. 1. 1906, S. 1906.1.278
3) Civ. 28. 6. 1909, S. 1909.1.493
4) Vgl. Domergue, S. 121 f
5) Civ. 9. 12. 1907, D.P. 1908.1.420

eine Kenntnis und Annahme wirklich vorgelegen hat[1]. Der Kassationshof hat deshalb eine Entscheidung des Tribunal civil Toulouse aufgehoben, weil es eine Bestimmung der Betriebsordnung mit der einfachen Begründung als verbindlich angesehen hatte, daß sich der des Lesens unkundige Arbeitnehmer bei seinen Arbeitskollegen nach dem Inhalt der Betriebsordnung h ä t t e erkundigen können[2].

D. Das kaufmännische Bestätigungsschreiben und die Rechnung

Vor besondere Probleme werden die Gerichte durch die kaufmännische Praxis gestellt, nach Vertragsschluß Bestätigungsschreiben oder Rechnungen zuzusenden, die allgemeine Vertragsbedingungen oder den bloßen Verweis auf sie enthalten. Es erhebt sich die Frage, ob und unter welchen Voraussetzungen der Empfänger durch sein bloßes Schweigen nachträglich gebunden wird.

Nach der französischen Rechtsprechung gilt der Grundsatz, daß das Schweigen allein noch nicht ausreicht, um eine rechtsgeschäftliche Bindung herbeizuführen[3]. Der Tatrichter kann jedoch im konkreten Falle selbst bei einem Schweigen eine Bindung bejahen und seine Entscheidung unterliegt insoweit nicht der Nachprüfung durch die Rechtsinstanz[4]. Obwohl der Tatrichter in jedem Falle erneut zu prüfen und begründet festzustellen hat, ob eine Bindung des Empfängers durch sein Schweigen eingetreten ist, haben sich dennoch drei Grundsätze herausgebildet, wann das Schweigen als Annahme gewertet wird[5].

---

1) Vgl. Anm. von Gény zu Civ. 31. 7. 1930, S. 1931.1.281

2) Civ. 28. 6. 1909, S. 1909.1.493, D.P. 1910.1.21. Zur Verbindlichkeit der Arbeits- und Betriebsordnung vgl. Domergue, S. 112 ff

3) Grundlegend: Civ. 25. 5. 1870, D.P. 1870.1.257, S. 1870.1.341

4) Req. 29. 3. 1938, S. 1938.1.380; Req. 14. 4. 1942, S. 1942.1.123

5) Vgl. Marty-Raynaud, Bd. II, No. 96

a) Das Angebot ist im ausschließlichen Interesse des Empfängers gemacht, wie beim Angebot auf Abschluß eines Erlaßvertrages[1].

b) Bei bereits bestehender Geschäftsverbindung, die dem Empfänger gebietet, seine Ablehnung zu erklären[2].

c) Bei unterlassenem Widerspruch gegen den Inhalt eines Bestätigungsschreibens oder einer Rechnung. Die Pflicht zum Widerspruch innerhalb einer gewissen Frist folgt aus dem Handelsbrauch. So heißt es in der grundlegenden Entscheidung des Kassationshofes vom 26. 12. 1898:

> "Attendu que la mention insérée dans une facture que le prix sera payable au domicile du vendeur est attributive de compétence au tribunal de ce domicile, alors que l'acheteur a reçu ladite facture, sans protestations ni réserves;..."3)

Der Kassationshof hat in seinen späteren Entscheidungen an diesem Grundsatz festgehalten[4].

Zum Abschluß der Ausführungen über die Gültigkeitsvoraussetzungen des consentement beim contrat d'adhésion kann somit zusammenfassend festgestellt werden, daß die vom französischen Gesetzgeber konzipierte Willenstheorie beim modernen Massenvertrag zwar wiederholt zugunsten der Erklärungstheorie durchbrochen worden ist, daß sie aber dennoch einen sehr wirksamen Schutz des Adherenten gegen Mißbräuche und

---

1) Req. 29. 3. 1938, S. 1938.1.380, D.P. 1939.1.5

2) Soc. 25. 11. 1943, D.A. 1944.31;
Req. 15. 3. 1944, S. 1945.1.40;
Douai, 12. 11. 1953, D.H. 1954.63

3) Req. 26. 12. 1898. D.P. 1899.1.319, S. 1901.1.326

4) Req. 27. 1. 1909, D.P. 1909.1.173;
Req. 15. 3. 1944, S. 1945.1.406.
Gegen diese Rechtsprechung wendet sich Mazeaud, Bd. II, No. 137

Überraschungen ermöglicht hat[1]. Die einzelne Bestimmung konnte von vornherein für unverbindlich erklärt werden, so daß sich eine weitherzige Auslegung in vielen Fällen als überflüssig erwies.

III. Die Auslegung des contrat d'adhésion durch die Gerichte

Trotz der grundsätzlichen Gleichstellung des contrat d'adhésion mit dem klassischen Vertrag, haben sich dennoch zwei Sonderregeln zur Auslegung des contrat d'adhésion herausgebildet[2].

1. Unklarheitenregel

Bei Zweifeln über den Inhalt einer Bestimmung wird stets zu Lasten desjenigen ausgelegt, der die strittige Bestimmung verfaßt hat, also gegen den Proponenten[3]. Diese Sonderregelung weicht somit von der Bestimmung des Art. 1162 C. civ. ab, die gebietet, im Zweifel gegen den Gläubiger und zugunsten des Schuldners auszulegen. Sie ist durch die besondere Situation der Vertragspartner beim contrat d'adhésion gerechtfertigt: Der Proponent, von dem die "initiative contractuelle" ausgeht, soll gerechterweise die Verantwortung für die Klarheit der von ihm abgefaßten Bestimmungen tragen. So werden im Versicherungsrecht bei der geringsten Unklarheit

---

1) Welche Anforderungen die französische Rechtsprechung an das consentement beim contrat d'adhésion stellt, tritt deutlich in den Entscheidungsgründen des Urteils Cass.Civ. 20. 2. 1923, D.P. 1926.1.43 zutage: "...; que la société (kommunaler Versorgungsbetrieb) ne peut exiger l'exécution d'une clause que son marché l'autorise à imposer aux usages de l'électricité qu'à la condition de justifier de l'adhésion de l'intéressé, laquelle ne saurait résulter que de la signature d'une police d'abonnement se référant au traité, ou de toute autre manifestation non équivoque d'une acceptation;"

2) Carbonnier, Bd. II, No. 151; Farjat, S. 171

3) Paris, 1. 8. 1844, S. 1846.2.12, D.P. 1845.2.7; Req. 15. 12. 1909, G.P. 1910.1.192

oder Unvollständigkeit der Bedingungen die Auskunfts- und Erklärungspflichten des Versicherungsnehmers stets einschränkend und niemals erweiternd interpretiert; auch der Verlust des Versicherungsanspruchs als Sanktion unterlassener Erklärungen oder Auskünfte wird nur in den Fällen ausgesprochen, in denen die Erklärung ausdrücklich vom Versicherungsnehmer gefordert worden ist.

2. Vorrang der individuellen Regelung gegenüber Allgemeinen Bestimmungen

Die zweite Sonderregelung betrifft den Fall, daß eine individuelle Bestimmung mit einer Klausel der allgemeinen Vertragsbestimmungen in Widerspruch steht. Der individuellen Bestimmung wird dann stets der Vorzug gegeben, da die Parteien unmißverständlich zum Ausdruck gebracht hätten, daß sie von der allgemeinen Regelung abweichen wollten[1].

3. Die "interprétation large" zugunsten des Adherenten

Eine weitherzige Auslegung zum Schutze des Adherenten kommt allein in dem schmalen Rahmen in Betracht, der den Gerichten durch das Gebot des Art. 1134 I C. civ. und das Verbot der "dénaturation d'une clause claire et précise" gesteckt ist. Da die Bestimmungen des contrat d'adhésion aber gewöhnlich von Kautelarjuristen klar und eindeutig abgefaßt werden, sind die Gerichte im Regelfall auf die bloße Anwendung der Bestimmungen beschränkt. Im übrigen nehmen die Proponenten für sie ungünstige Entscheidungen der Gerichte zum Anlaß, die g e g e n sie ausgelegte Bestimmung sofort berichtigend klarzustellen, wodurch jede Auslegung ausgeschlossen wird.

Die Gerichte haben es dem Proponenten allerdings nicht immer

1) Req. 12. 7. 1837, S. 1838.1.129; Toulouse, 27. 3. 1874, S. 1875.2.292; Riom, 26. 10. 1923, Civ. 31. 1. 1927, S. 1927.1.190; Angers, 30. 5. 1945, Civ. 23. 6. 1952, S. 1953.1.86

leicht gemacht und manchmal erst nach wiederholter Klarstellung in dem von ihm gewünschten Sinne entschieden. Ein Beispiel aus dem Versicherungsrecht vermag dieses Ringen zwischen den Gerichten und dem Proponenten besonders zu veranschaulichen. Es bestrifft die übliche Versicherungsbestimmung, daß der Leistungsort für die Entrichtung der Prämie der Wohnsitz der Gesellschaft ist. Trotz dieser Bestimmung waren die Versicherungsgesellschaften teilweise dazu übergegangen, die Prämie beim Versicherungsnehmer einzuziehen. Die Gerichte haben aus dieser Gewohnheit des Versicherers geschlossen, daß aus der ursprünglichen Bringschuld eine Holschuld geworden sei, was zur Folge hatte, daß die Versicherungsgesellschaft von ihrer Leistungsverpflichtung erst frei wurde, nachdem sie den Versicherungsnehmer in Verzug gesetzt und dieser die von ihr bestimmte Zahlungsfrist hatte verstreichen lassen.

Die Versicherungsgesellschaften haben infolge dieser Rechtsprechung ihren Allgemeinen Versicherungsbedingungen eine Bestimmung hinzugefügt, die gewöhnlich wie folgt lautete[1]:

> "Le recouvrement des primes antérieures que la compagnie aura fait opérer au domicile des assurés ne peut lui être opposé comme une renonciation aux dispositions précédentes...."[2]

Durch diese neue Bestimmung stellte die Versicherungsgesellschaft also unmißverständlich klar, daß die Versicherungsprämie Bringschuld bleiben sollte. Trotzdem haben einige Gerichte weiterhin aus der ständigen Übung der Versicherungsgesellschaft, die Prämien am Wohnsitz des Versicherten einzuziehen, auf den Willen der Parteien geschlossen, die Bringschuld in eine Holschuld umzuwandeln. Im Wege der Auslegung sind sie nämlich zu dem Ergebnis gekommen, daß die neue Bestimmung nicht gegenüber allen Versicherungsnehmern

---

1) Zu dieser Bestimmung vgl. Anm. zu Civ. 4. 11. 1891, S. 1891.1.53, und die dort genannten Entscheidungen; Civ. 19. 10. 1904, S. 1904.1.485

2) Gemeint sind die Bestimmungen über den Zahlungsort

gelten solle[1]. Das Kassationsbegehren der Versicherungsgesellschaft blieb ohne Erfolg, da das untere Gericht von seinem Auslegungsrecht Gebrauch gemacht hatte und insoweit nicht der Nachprüfung durch den Kassationshof unterliegt[2]. Auch in seinen späteren Entscheidungen hat der Kassationshof nicht abschließend zu dieser Bestimmung Stellung genommen; er hat die obige Auslegung wie auch die strikte Anwendung dieser Bestimmung für zulässig erachtet.

§ 5 Die ablehnende Haltung der französischen Gerichte, Rechtslehre und Gesetzgebung gegenüber einer reinen Billigkeitsrechtsprechung

Die Haltung der französischen Gerichte gegenüber dem contrat d'adhésion hat selbstredend zu unbefriedigenden und unbilligen Ergebnissen geführt[3]. Trotzdem konnte sich die Rechtsprechung nicht entschließen, den Grundsatz der Vertragsfreiheit anzutasten und in bestehende Vertragsverhältnisse offen einzugreifen. Eine Billigkeitsrechtsprechung, wie sie die deutschen Gerichte auf der Grundlage des § 242 BGB entwickelt haben, wird von den französischen Gerichten strikt abgelehnt[4]. Die im Art. 6 C. civ. enthaltenen Begriffe des ordre public und der guten Sitten werden grundsätzlich von dem französischen Gesetzgeber und nicht von der Rechtsprechung ausgefüllt[5]. Damit bleiben die Gerichte im wesentlichen auf die Rechtsanwendung beschränkt[6]; die Fälle einer eigentlichen

---

1) Paris, 12. 5. 1862, Civ. 10.6.1863, D. 1863.1.407; Algier, 18. 10. 1902, Civ. 19.10.1904, D. 1905.1.91 mit Anmerkung von Planiol

2) Civ. 19. 10. 1904, S. 1904.1.485

3) Domergue, S. 52

4) Vgl. Perreau, S. 355; Larenz, Geschäftsgrundlage und Vertragserfüllung, S. 67: "Wo nicht gerade wichtige öffentliche Belange auf dem Spiele stehen, scheint es dem französischen Rechtsgeist zu entsprechen, eher eine beträchtliche Unbilligkeit als eine Gefährdung der Vertragssicherheit durch eine Abschwächung des Grundsatzes der Treue zum Wort in Kauf zu nehmen."

5) Marty-Raynaud, Bd. II, Nos. 70 u. 76

6) Vgl. Domergue, S. 136, 140 u. 244; Lagrange, L'intervention du juge dans le contrat, S. 162

Rechtsfortbildung durch die Rechtsprechung sind Ausnahmen geblieben. In der französischen Zivilrechtslehre findet die grundlegende Zurückhaltung der Gerichte auf dem Gebiete der Rechtsfortbildung und der reinen Billigkeitsrechtsprechung allgemeine Billigung; man mißtraut einer Billigkeitsrechtsprechung mit der ihr immanenten Gefahr richterlicher Willkür[1]. Aus diesem Grunde hat die französische Doktrin - trotz einiger eigener Lösungsvorschläge zum Schutze des Adherenten vor unbilligen Bestimmungen - letztlich doch den Gesetzgeber aufgerufen, durch Sondergesetze den Mißbräuchen des contrat d'adhésion entgegenzutreten[2].

Tatsächlich hat der französische Gesetzgeber durch zahlreiche Gesetze bei Verträgen von sozialer Bedeutung die Freiheit der inhaltlichen Gestaltung eingeschränkt; solche Gesetze unterfallen dem ordre public und ihre Nichtbeachtung hat deshalb die Nichtigkeit nach Art. 6 C. civ. zur Folge[3].

Die umfassendste Gesetzgebung zum Schutze des Adherenten ist im Arbeits- und Versicherungsrecht[4] erfolgt; besonders zu erwähnen ist ferner das Gesetz Rabier vom 17. 3. 1905 mit einem Verbot des Haftungsausschlusses im Gütertransportgewerbe, um nur einige wenige Beispiele aus der umfangreichen Gesetzgebung zu nennen[5]. Die Wirksamkeit des Schutzes durch Sondergesetze kann unschwer geleugnet werden; indes wird der Geseztgeber im allgemeinen erst tätig, nachdem die Unbillig-

---

1) Lagrange, S. 238; Meynial, La déclaration de volonté, Rev.Trim. 1902, 545; Mazeaud, Bd. II, No. 730; Marty-Raynaud, Bd. II, Nos. 162 u. 227. Diesem fundamentalen Unterschied zwischen der deutschen und der französischen Rechtsprechung scheint Raiser zu wenig Bedeutung beizumessen, wenn er von dem "resignierenden Hinweis" der französischen Wissenschaft auf den Gesetzgeber spricht, Raiser, a. a. O., S. 151

2) Vgl. Marty-Raynaud, Bd. I, No. 117, Bd. II, No. 163; Mazeaud, Bd. I, No. 270, Bd. II, No. 737; Missol, S. 216

3) Mazeaud, Bd. II, No. 636

4) Versicherungsgesetz vom 30. 7. 1930

5) Vgl. Mazeaud, Bd. II, No. 342; Carbonnier, Bd. II, No. 96

keit einiger Klauseln oder gar ganzer Verträge klar und wiederholt zutage getreten ist. Sehr deutlich findet sich dieser Anknüpfungspunkt für den Gesetzgeber in den Bestimmungen des Versicherungsgesetzes vom 30. 7. 1930, die man als "Reaktion" des Gesetzgebers auf die harten, teilweise unbilligen versicherungsrechtlichen Entscheidungen bezeichnen könnte[1].

1) Vgl. Missol, L'assurance contrat d'adhésion et le problème de la protection de l'assuré, Thèse Lyon 1934, insbesondere S. 191 ff

II. Kapitel

Das Recht der Allgemeinen Geschäftsbedingungen

§ 6 Das Vertragsrecht des BGB und seine Anwendbarkeit auf den modernen Massenvertrag

Die in der französischen Rechtswissenschaft untersuchte Frage, ob das Vertragsrecht des Code Civil in unveränderter Form auf den modernen Massenvertrag - den contrat d'adhésion - angewandt werden könne, stellt sich in gleicher Weise für das Vertragsrecht des Deutschen Bürgerlichen Gesetzbuches vom 18. 8. 1896, das zwar 100 Jahre später als der Code Civil entstanden ist, dem aber nach dem Vorbild der Pandektenwissenschaft und unter dem Einfluß des politischen Liberalismus ebenfalls ein "System subjektiver Rechte des einzelnen zur Sicherung seiner Freiheitssphäre" zugrunde liegt[1]. Das Bürgerliche Gesetzbuch ist das Gesetz eines noch im wesentlichen agrarischen und kleinstädtischen Deutschlands[2]; die wirtschaftliche Wandlung von der Einzelfertigung zur Massenproduktion und zum Massenabsatz, die bereits um die Mitte des 19. Jahrhunderts eingesetzt hatte, bleibt im großen und ganzen noch unberücksichtigt. Als Leitbild für die Gestaltung des Vertragsrechts diente den Verfassern des BGB der klassische Individualvertrag[3] und nicht der moderne Massenvertrag[4]. Den Vorschriften über Auslegung, Willensmängel, Nichtigkeit der Verträge sowie dem ganzen System des dispositiven Vertragsrechts liegt somit die Vorstellung zweier ökonomisch und sozial gleichgestellter, im freien Spiel der wirtschaftlichen

---

1) Raiser, Rechtsschutz und Institutionenschutz im Privatrecht, S. 146; ders., Das Recht der Allgemeinen Geschäftsbedingungen, S. 17

2) Dahm, Deutsches Recht, S. 407

3) Großmann-Doerth, Selbstgeschaffenes Recht der Wirtschaft und staatliches Recht, spricht von der "Einzelvereinbarung", S. 4

4) Vgl. Dilcher, Typenfreiheit und inhaltliche Gestaltungsfreiheit bei Verträgen, NJW 1960, 1040 ff

Kräfte zusammengetretener Vertragspartner als Normalfall zugrunde[1]. Infolgedessen fiel es weitgehend der Rechtsprechung und Rechtslehre zu, die Probleme zu lösen, die der moderne Massenvertrag aufgab. Der Gesetzgeber hat diese Aufgabe lediglich durch die Aufnahme weitgefaßter Generalklauseln und dehnbarer Wertbegriffe erleichtert, die eine Weiterbildung des Gesetzes und seine Anpassung an veränderte Lebensverhältnisse ermöglichte[2]. Die Aufgabe ging jedoch über eine schlichte Weiterbildung des Gesetzes hinaus; es mußte vielmehr "an den Grundlagen unseres Vertragsrechts und damit des Privatrechts überhaupt neu gebaut werden"[3].

Im Gegensatz zur französischen Rechtslehre hat die deutsche Rechtswissenschaft niemals ernsthaft versucht, den modernen Massenvertrag aus dem geltenden Vertragsrecht auszuklammern. Ihr Hauptaugenmerk galt von Anfang an den Verträgen auf der Grundlage allgemeiner Geschäftsbedingungen, und die Rechtslehre suchte die Problematik der AGB im Rahmen des bestehenden Vertragsrechts dogmatisch zu bewältigen.

An die Verwendung von AGB knüpfen sich für Lehre und Rechtsprechung im wesentlichen drei Fragenkreise[4]:

1) nach dem Geltungsgrund der AGB,
2) nach den Methoden und Grundsätzen der Auslegung AGB,
3) nach ihren inhaltlichen Grenzen.

---

1) Raiser, Das Recht der AGB, S. 17

2) Dahm, a. a. O., S. 408;
vgl. ferner Coing, Allgemeine Rechtsgrundsätze in der Rechtsprechung des Reichsgerichts zum Begriff der "guten Sitten", NJW 1947/48,213 ff;
Herrmann, Eingedämmte Generalklauseln, JZ 1955,183 f;
Helm, Die Ausdehnung des Schutzbereichs allgemeiner Geschäftsbedingungen auf die Haftung der Arbeitnehmer. AcP 161,516 ff

3) Raiser, Das Recht der AGB, S. 5

4) Isele, Grundprobleme der Allgemeinen Geschäftsbedingungen, JuS 1961,308,310

§ 7 Der Geltungsgrund Allgemeiner Geschäftsbedingungen

I. Die Übernahme der Allgemeinen Geschäftsbedingungen in den Einzelvertrag

Zum Wesen der AGB gehört es, daß sie eine "generelle Regelung"[1] für eine unbestimmte Vielzahl noch unbekannter Rechtskreise enthalten und damit die Funktion einer "allgemeinen Norm"[2] erfüllen[3]; sie sind aus diesem Grunde unpersönlich und abstrakt abgefaßt. Indes entbehren die AGB der normativen G e l t u n g des objektiven Rechts, da dem Proponenten nach der herkömmlichen Rechtsquellenlehre die Rechtssetzungsbefugnis fehlt[4].

In Lehre und Rechtsprechung, die die Frage der Rechtsgeltung nach der Antithese objektives Recht - Rechtsgeschäft behandeln, wird deshalb die Geltung der AGB durchweg an die rechtsgeschäftlichen Erklärungen der Vertragspartner geknüpft[5]. Eine Lösung im Rahmen der klassischen Rechtsgeschäftslehre wird den Besonderheiten der allgemeinen Geschäftsbedingungen allerdings dann nicht mehr voll gerecht, wenn ihre Annahme nur noch der Form nach eine Willenserklärung enthält oder dem Adherenten gar jegliche Kenntnis von dem Bestehen der AGB fehlt[6]. Lehre und Rechtsprechung waren

---

1) Larenz, Schuldrecht, A. T., S. 94/95

2) RGZ 81,117,119

3) Hamann, Über die Verbindlichkeit der "Allgemeinen Deutschen Spediteurbedingungen" (ADSp), MDR 1949,209,210

4) Staudinger-Coing, BGB, 24a vor § 145; Droste, Das Recht der Allgemeinen Geschäftsbedingungen, Betrieb 1957, Beilage 10; vgl. ferner Lukes, Grundprobleme der Allgemeinen Geschäftsbedingungen, JuS 1961,301,304; Ewald, Wettbewerbsfreiheit und Allgemeine Deutsche Spediteurbedingungen, BB 1951,882 ff

5) Für den rechtsnormativen Charakter AGB Hamann, a. a. O.; Schmid-Loßberg, Wettbewerbsfreiheit und Allgemeine Deutsche Spediteurbedingungen, BB 1952,103 f (jedenfalls für die ADSp)

6) Die Rechtsprechung hat zutreffend den Begriff der "Unterwerfung" geprägt. BGHZ 1,83,86: "Unterwerfung unter eine fertig bereitliegende Rechtsordnung."

deshalb bestrebt, die Problematik des Geltungsgrundes der AGB in diesen Fällen auf der Grundlage objektiver Kriterien[1] - also losgelöst vom Willen des einzelnen Adherenten - zu bewältigen.

Der Normaltatbestand für die Geltung der AGB bleibt jedoch die echte W i l l e n s e i n i g u n g der Vertragspartner[2], indem sie die AGB entweder ausdrücklich zum Vertragsinhalt erheben oder aber der Adherent w e i ß , daß der Proponent nur nach seinen AGB abschließt und er nicht widerspricht.

1. Ausdrückliche Vereinbarung Allgemeiner Geschäftsbedingungen

Hat der Adherent seinen Willen ausdrücklich bekundet, daß die AGB des Proponenten Vertragsinhalt werden sollen, liegt eine echte rechtsgeschäftliche Willenserklärung vor[3]. Die Einordnung dieser Fälle bereitet daher rechtsdogmatisch keinerlei Schwierigkeiten, soweit es sich um die Geltung der AGB handelt[4]. Die geläufigste Form, die AGB ausdrücklich anzunehmen, ist die Unterschrift des Adherenten auf dem Vertragsformular, das auf der Rückseite die gedruckten AGB des Proponenten enthält oder wenigstens auf sie verweist. Nicht selten geschieht die ausdrückliche Annahme auch dadurch, daß der Adherent ein schriftliches - die AGB umfassendes - Angebot des Proponenten annimmt. Genauso ist die Unterschrift des Adherenten auf dem Bestellschein des Proponenten als ausdrückliches Einverständnis mit den AGB zu werten, wenn die AGB entweder auf dem Bestellschein gedruckt sind oder auf sie Bezug genommen wird.

In diesen Fällen beruht die Geltung der AGB auf einer echten

---

1) Vgl. Hanau, Objektive Elemente im Tatbestand der Willenserklärung, AcP 165,220 ff

2) Möller, 41. DJT 1955, E 20,22

3) Raiser, Das Recht der AGB, S. 154

4) Vgl. Benkard, Zur Geltung der Allgemeinen Deutschen Spediteurbedingungen, BB 1953,782

Willenseinigung der Parteien; dabei ist es unerheblich, ob der Adherent den I n h a l t der AGB kennt[1].

2. Typisierte Tatbestände bei der stillschweigenden "Unterwerfung" des Adherenten unter die Allgemeinen Geschäftsbedingungen

Eine rechtsgeschäftliche Bindung des Adherenten an die AGB des Proponenten tritt auch dann ein, wenn er die Annahme der AGB zwar nicht ausdrücklich erklärt hat, sich aber aus seinem sonstigen Verhalten vor oder bei Vertragsschluß im Wege der Auslegung ein Bindungswille entnehmen läßt. Ob das Verhalten eines b e s t i m m t e n Adherenten als Einverständniserklärung zu deuten ist, beurteilt sich grundsätzlich nach den allgemeinen Bestimmungen über die Auslegung von Willenserklärungen[2]. Lehre und Rechtsprechung haben allerdings im Interesse des Verkehrsschutzes und in Anbetracht der Gleichförmigkeit des Abschlusses moderner Massenverträge einige feststehende Kriterien ausgebildet, bei deren Vorliegen regelmäßig auf den Bindungswillen des Adherenten geschlossen wird. Solche Kriterien sind:

A. Die Geschäftsverbindung

Haben Proponent und Adherent bereits mehrere Geschäfte[3] abgeschlossen oder stehen sie gar in laufender Geschäftsverbindung miteinander und galten bisher die AGB des Proponenten, so kann mit Recht gefolgert werden, daß sie auch bei weiteren gleichartigen Geschäften zum Vertragsinhalt werden, solange der Adherent nicht ausdrücklich seinen entgegenstehenden

---

1) RG, DR 1941,1210; BGHZ 17,1,3.
Über die Geltung e i n z e l n e r (grob unbilliger) Klauseln ist damit freilich noch nichts ausgesagt.

2) Soergel-Siebert-Mezger, Anm. 13 vor § 145

3) Einmaliger Abschluß genügt nicht, BGHZ 18,212,217 f

Willen bekundet[1]. Die Verbindlichkeit der AGB in diesen Fällen entspricht dem erkennbaren Interesse des Proponenten, der die AGB doch gerade zu dem Zweck aufstellt, die gleichförmig wiederkehrenden Geschäfte in der gleichen Weise zu regeln; denn die AGB sind schon ihrer Natur nach auf einen längeren Geltungszeitraum angelegt.

B. In Katalogen, Preislisten und Prospekten enthaltene Allgemeine Geschäftsbedingungen

Auf den rechtsgeschäftlichen Bindungswillen des Adherenten wird ferner in den Fällen geschlossen, daß der Adherent sein Angebot aufgrund von zugesandten Katalogen, Preislisten oder Prospekten abgibt, die an deutlich sichtbarer Stelle die gedruckten AGB des Proponenten enthalten[2]. Die Rechtsprechung verneint die Verbindlichkeit der AGB allerdings, wenn sie von dem Adherenten infolge versteckter oder unauffälliger Anordnung leicht übersehen werden können und der Proponent vor Vertragsschluß nicht nochmals ausdrücklich auf sie hingewiesen hat.

Übersendet der Proponent dem Adherenten für künftig abzuschließende Geschäfte seine AGB nicht im Rahmen von Katalogen, Preislisten oder Prospekten, sondern für sich allein, so werden sie "mangels anderweitiger Vereinbarung stillschweigend Bestandteil der einzelnen Verträge", sofern der Adherent nicht vor Vertragsschluß widersprochen hat[3].

C. Das Bestätigungsschreiben

Nicht selten verweist der Proponent erst in einem Bestätigungsschreiben auf seine AGB. Ist der Adherent Kaufmann oder

---

1) RGZ 109,299,305, 112,253,258; RG, HRR 1926, Nr. 46; RG, JW 1927,1467; BGHZ 18,212,217 f; OLG Hamburg, Betrieb 1952,226

2) RGZ 13,68,76 ff

3) RGZ 133,51,54

"nimmt er ähnlich einem Kaufmann am Geschäftsleben teil"[1] und widerspricht er dem Bestätigungsschreiben nicht, so liegt darin nach ständiger Rechtsprechung seine Einverständniserklärung mit dem Inhalt des Bestätigungsschreibens, mit der weiteren Folge, daß der Vertragsinhalt grundsätzlich durch dieses Schreiben bestimmt wird[2]. Über das Bestätigungsschreiben vermag der Proponent also nachträglich seine AGB in den Vertrag einzuführen und damit den Vertrag zu ändern[3]. Dem Proponenten ist allerdings insofern eine Schranke gesetzt, als er das Bestätigungsschreiben nicht dazu benutzen darf, dem Vertrage ein vollkommen anderes Bild zu geben. Deshalb werden solche AGB nicht verbindlich, von denen der Proponent annehmen mußte, daß der Adherent seine Zustimmung versagen würde[4].

D. Die Rechnung

Grundsätzlich verwehrt die Rechtsprechung dem Proponenten die Möglichkeit, seine AGB durch Übersendung einer Rechnung nachträglich zum Vertragsinhalt zu erheben, wenn die Rechnung mit dem Hinweis auf die AGB dem Adherenten erst in d e u t l i c h e m Abstand zum Vertragsschluß zugeht und mehr im Zusammenhang mit der Vertragserfüllung steht[5]. Fehlt es jedoch an dieser deutlichen zeitlichen Trennung zwischen Vertragsschluß und Zusendung der Rechnung, ist die Rechnung vielmehr in den Vertragsschluß einbezogen, so kann der Proponent ausnahmsweise auch noch über die Rechnung seine AGB in den Vertrag einführen. Des weiteren hat die Rechtsprechung anerkannt, daß die AGB des Proponenten nachträglich insoweit verbindlich werden, als sie die "Erledigung des Geschäfts"

---

1) BGHZ 40,42,43 f

2) RGZ 95,48,50, 103,401,405, 129,347,348 f;
BGHZ 7,187,189, 11,1,3, 20,149,151, 40,42,45

3) RG, Warn. 1925, Nr. 57; BGHZ 7,187,190

4) BGHZ 7,187,190. Aus der umfangreichen Literatur vgl. etwa RGR-Komm. zum BGB (Krüger-Nieland), § 147, Anm. 9 ff.

5) OLG Hamburg, Betrieb 1952,227

betreffen, beispielsweise die nachträgliche Vereinbarung eines Eigentumsvorbehalts nach § 455 BGB[1].

Gemein ist all diesen unter 2. A. bis D. aufgeführten Fällen, daß zwar eine ausdrückliche Einverständniserklärung des Adherenten fehlt, daß aber objektive Anhaltspunkte vorhanden sind, aus denen auf einen Bindungswillen des e i n z e l n e n Adherenten geschlossen wird. Der Bindungswille wird nur bei solchen Bestimmungen verneint, von denen der Proponent annehmen mußte, daß der Adherent seine Zustimmung versagen würde[2]. Im übrigen kann der Adherent die Verbindlichkeit der AGB nur dadurch ausschließen, daß er ausdrücklich ihrer Geltung widerspricht[3]. Da der Adherent in all diesen Fällen tatsächlich - wenn auch mitunter in weniger auffälliger Form - als e i n z e l n e r vom Proponenten angesprochen wird, erscheint die dem Adherenten auferlegte Obliegenheit zum Widerspruch gerechtfertigt.

3. Geltung der Allgemeinen Geschäftsbedingungen trotz fehlender Kenntnis des Adherenten von ihrem Bestehen

A. Die Rechtsprechung des Reichsgerichts und des Bundesgerichtshofs

Die Frage, ob eine Bindung an die AGB des Proponenten wenigstens eine Kenntnis des Adherenten vom Bestehen der AGB voraussetzt, hat die Rechtsprechung in ausreichendem Maße beschäftigt. Grundlegend ist die Entscheidung des Reichsgerichts im 103. Bd.[4], in der ausgeführt wird, daß die AGB der

---

1) OLG Düsseldorf, JW 1931,2580; OLG München,JW 1932,1668; genauso BGH, NJW 1953,217 ff, allerdings befand sich die Eigentumsvorbehaltsklausel in dem entschiedenen Falle nicht auf einer Rechnung, sondern auf einem Lieferschein.

2) BGHZ 17,1,3

3) So schon mit aller Deutlichkeit RGZ 13,68,78; vgl. ferner BGHZ 11,1,3, 18,212,216

4) RGZ 103,84,85,86

Eisenbahnen und ähnlicher größerer Verkehrsanstalten sowie der Banken verbindlich werden können, "selbst wenn sie dem Kunden der Anstalt nicht bekannt sind", denn es sei "allgemein" bekannt, daß diese Anstalten ihre Verträge auf der Grundlage allgemeiner Geschäftsbedingungen abschlössen. Voraussetzung für die Geltung der AGB sei jedoch ihre ordnungsgemäße Veröffentlichung, weil die "Allgemeinheit des in Betracht kommenden Kundenkreises" in der Lage sein müsse, von den Bedingungen Kenntnis zu nehmen. Außerdem dürften die AGB des Proponenten keine unüblichen Bestimmungen umfassen.

Die Erleichterung für die Integrierung AGB wird allerdings auf Proponenten beschränkt, bei denen das Publikum in Anbetracht von Art und Umfang des Betriebes mit dem Bestehen AGB zu rechnen hat[1]. Im Ergebnis hat die Rechtsprechung damit eine Obliegenheit des Adherenten statuiert, sich vor Vertragsschluß nach dem B e s t e h e n AGB des Proponenten zu erkundigen. Die Erkundigungsobliegenheit braucht jedoch nicht für alle Adherenten gleich zu sein, so werden an einen Kaufmann allgemein größere Anforderungen gestellt als an denjenigen, der nicht im Geschäftsleben steht.

Diese Rechtsprechung gibt zum Nachdenken insofern Anlaß, als einerseits eine "stillschweigende Unterwerfung" des Adherenten angenommen wird, andererseits aber nicht mehr auf den Unterwerfungswillen, sondern auf das "Wissenmüssen" von dem Bestehen AGB abgestellt wird[2].

---

1) So bei Speditionsbetrieben, RGZ 103,84; BGHZ 1,83, 12,136,142; Banken, RGZ 103,84; RG, JW 1936,2093; Versicherungsgesellschaften, RG, DR 1941,1210; Versorgungsbetrieben, RGZ 111,310, 142,85; KG, JW 1935,57; Verkehrsbetrieben, RG, JW 1931,1958

2) BGHZ 12,136,142: "Im vorliegenden Falle ist zum mindesten eine stillschweigende Unterwerfung als erfolgt anzusehen, da der Beklagte als Kaufmann und Schrotthändler wissen mußte, daß eine Speditionsfirma ihren Verträgen die Speditionsbedingungen zugrunde zu legen pflegt."; vgl. dazu Soergel-Siebert-Mezger, Anm. 12 ff vor § 145; Flume, BGB, A. T., Bd. II, S. 670; ders., Rechtsgeschäft und Privatautonomie, Festschrift zum hundertjährigen Bestehen des deutschen Juristentages, S. 166; Mroch, Zum Kampf gegen die unlauteren Geschäftsbedingungen, S. 14 ff

B. Die Erklärungsversuche im Schrifttum

a. Normierende Verkehrssitte (Raiser)

Ausgangspunkt ist in den Überlegungen Raisers die Feststellung, daß die Rechtsprechung in diesen Fällen die Grenzen der rechtsgeschäftlichen Auslegung überschritten habe, da "der bloße Umstand, daß der Unternehmer mit anderen Kunden seine AGB zu vereinbaren pflegt, selbst wenn der Kunde das weiß, nicht ausreichen kann, um auch seine Erklärung als Verweisung auszulegen"[1]. In Wirklichkeit handele es sich nicht mehr um eine Auslegung, sondern um eine Ergänzung der Vertragserklärung des Kunden, deren Rechtfertigung in der "normierenden Verkehrssitte" zu suchen sei. Die Verkehrssitte, die aus der ständigen Übung erwachse, könne die Verweisung so normiert haben, daß es einer Verweisungserklärung des Kunden nicht mehr bedürfe, um ihn an die AGB des Unternehmers zu binden[2]. Eine derartige Verkehrssitte bilde sich in solchen Geschäftszweigen, in denen sich der Gebrauch von AGB so eingebürgert habe, daß er im Verkehr als selbstverständlich betrachtet werde; hier sei die Verweisung schon ganz typisiert und unabhängig vom Parteiwillen nach bestimmten objektiven Merkmalen normiert[3]. Gegen diesen Erklärungsversuch wendet sich Krause mit der Begründung, daß sich mit der rein objektiven Größe "Verkehrssitte" das subjektive Verschuldenselement als Auswahlprinzip für die von der generellen Verkehrssitte erfaßten Personen im Grunde genausowenig vereinigen lasse wie mit der Willenserklärung[4]. Die Kritik

1) Raiser, Das Recht der AGB, S. 204

2) Raiser, a. a. O., S. 159

3) Raiser, a. a. O., S. 159; zustimmend Helm, Private Norm und staatliches Recht beim Massenvertrag, JuS 1965,121,124

4) Krause, Allgemeine Geschäftsbedingungen und das Prinzip des sozialen Rechtsstaats, BB 1955,265,267; Flume, BGB, A. T., S. 669 f, macht gegen die Auffassung Raisers geltend, daß Raiser - wie auch Krause - zu Unrecht von der Vorstellung beherrscht sei, die Geltung der Allgemeinen Geschäftsbedingungen auf ein "Verhalten" des Vertragspartners gründen zu müssen. Gegen den Erklärungsversuch Raisers auch Ewald, a. a. O., und Hanau, a. a. O., S. 233 ff

an dem Erklärungsversuch Raisers dürfte in erster Linie dem mißverständlichen Begriff der "normierenden Verkehrssitte" zuzuschreiben sein. Dabei will Raiser diesen Begriff meines Erachtens lediglich im Sinne der Verkehrssitte nach § 157 BGB verstanden wissen. Die Beachtung der Verkehrssitte, die den "Inhalt der Erklärung wie eine gesetzliche Auslegungsregel von außen her prägt"[1] und damit den Individualwillen außer acht läßt, führt zur "normativ-typischen Auslegungsmethode"[2]. Der so verstandene Begriff der "normierenden Verkehrssitte" wird sowohl Raiser[3] als auch der von ihm erklärten Rechtsprechung gerecht.

b. Sozialer Kontakt (Krause)

Da die Rechtsprechung nicht mehr ausschließlich auf den Unterwerfungswillen des Kunden abstelle, sondern in diesen Fällen sein "Wissenmüssen" vom Bestehen der AGB genügen lasse, könne demnach auf seiten des Kunden das Willenselement durch das Verschulden ersetzt werden[4]; und zwar bestehe das Verschulden des Kunden darin, daß er sich vor Vertragsschluß nicht nach dem Bestehen AGB des Unternehmers erkundigt habe. Eine derartige Erkundigungspflicht, die sich aus dem sozialen Kontakt ergäbe, habe zum Inhalt, daß sich "jedermann bei Kontaktaufnahme mit Partnern des typisierten Massenverkehrs dann über die zugänglichen AGB informieren müsse, wenn er diese nicht einfach hinnehmen wolle". Diese Erkundigungspflicht des Kunden habe die Rechtsnatur einer Obliegenheit, deren verschuldete Nichterfüllung die Geltung der AGB zur Folge habe[5]. Hildebrandt stimmt der dogmatischen Begründung Krauses grundsätzlich zu; allerdings will er sie nur für diejenigen AGB gelten lassen, die unter staatlicher Aufsicht zustande kom-

---

1) Soergel-Siebert, § 157, Anm. 17
2) Soergel-Siebert, § 157, Anm. 7
3) Vgl. Raiser, Das Recht der AGB, S. 78
4) Krause, a. a. O., S. 266
5) Krause, a. a. O., S. 267

men[1]. Meeske lehnt den Erklärungsversuch Krauses mit der Begründung ab, daß sich eine solche Obliegenheit zur Erkundigung aus dem sozialen Kontakt nicht ableiten lasse; als Verpflichtungsgründe kenne die Privatrechtsordnung nur das Rechtsgeschäft und das Gesetz[2].

c. Culpa in contrahendo (Meeske)

Meeske stimmt mit Krause insofern überein, als auch er das Verschuldenselement aus dem rechtsgeschäftlichen Tatbestand verweisen will und eine Erkundigungspflicht des Kunden bejaht. Für den typisierten Massenverkehr könne eine derartige vorvertragliche Pflicht im Wege der Analogie aus den Grundsätzen der culpa in contrahendo hergeleitet werden. Verletze der Kunde diese Pflicht, so sei er schadensersatzpflichtig mit der Folge, daß die AGB des Unternehmers gälten, und zwar träte diese Folge im typisierten Massenverkehr selbst ein, wenn der Kunde bei Kenntnis der AGB den Vertrag nicht geschlossen hätte[3].

d. Normativer Charakter Allgemeiner Geschäftsbedingungen (Hamann)

Hamann vertritt die Auffassung, daß die Geltung AGB im Einzelfall nicht auf Vertrag beruhe, sondern auf deren normativen

---

1) Hildebrandt, Zulässigkeit und Wirkung von allgemeinen Geschäftsbedingungen, JR 1955,325,327; vgl. zu dieser Zweiteilung der AGB auch den Beitrag Hildebrandts auf dem DJT 1955, E 5 ff

2) Meeske, Die "Unterwerfung" unter Allgemeine Geschäftsbedingungen, BB 1959,857,863; genauso Soergel-Siebert, § 157, Anm. 20. Auch Möller, 41. DJT 1955, E 37,39, lehnt die Konstruktion der Obliegenheit ab; er will die Geltung der AGB in solchen Fällen davon abhängig machen, ob ein entsprechender Handelsbrauch bestehe, den der Unternehmer zu beweisen habe. Ablehnend ebenfalls Lukes, JuS 1961,301,305; Flume, BGB, A. T., S. 669

3) Meeske, a. a. O., S. 863; gegen Meeske Flume, BGB, A. T., S. 669, Fußnote 7

Charakter zurückgeführt werden könne[1]. Die AGB erfüllten die Funktionen und Merkmale einer "allgemeinen Norm", denn sie seien - wie in RGZ 81,117,119 ausgeführt - dazu bestimmt, alle Vertragsverhältnisse der entsprechenden Art übereinstimmend zu regeln. Unter Bezugnahme auf die Entscheidung des Reichsgerichts, DR 1941,1211 ff, folgert Hamann, daß es für die Geltung AGB deshalb nicht darauf ankomme, ob der Kunde Kenntnis von ihrem Bestehen gehabt habe[2]. Die Theorie vom "normativen Charakter" AGB beruht auf einem zweifachen Irrtum. Zum einen identifiziert sie unrichtigerweise die Begriffe "Norm" und "Rechtsnorm", obwohl gerade Hueck, auf den Hamann sich unter anderem beruft, mit aller Deutlichkeit zwischen diesen beiden Begriffen unterscheidet[3]. Zum anderen stützt sie sich zu Unrecht auf die Entscheidung des Reichsgerichts, DR 1941,1211 ff. In der zitierten Entscheidung ist aber allein der Fall entschieden, daß der Kunde von dem I n h a l t der AGB keine bzw. eine fehlerhafte Kenntnis hatte, der Kunde jedoch von dem B e s t e h e n AGB wußte.

Bereits im Jahre 1942 hatte Herschel[4] im Anschluß an die Entscheidung des Reichsgerichts, DR 1941,1211, die Theorie vom rechtsnormativen Charakter AGB aufgestellt. Herschel

---

1) Hamann, MDR 1949,209,210. Wie Hamann argumentiert auch das Kammergericht in seiner Entscheidung vom 22. 10. 1949, JR 1950,600 f. Zustimmend - hinsichtlich der Geltung der ADSp - Schmid-Loßberg, Die Geltung der Allgemeinen Deutschen Spediteur-Bedingungen (ADSp), MDR 1949,609 f; ders., Wettbewerbsfreiheit und Allgemeine Deutsche Spediteurbedingungen, BB 1952,103 f, (" ... Die ADSp als Handelsbrauch und normatives Recht ...")

2) Hamann, a. a. O., S. 211

3) So führt Hueck, JJ 1923, Bd. 73,51, wörtlich aus: "Die Norm des Richtlinienvertrages ist hiernach keine R e c h t s n o r m ... Das ergibt sich vom Standpunkt der Entstehung der Normen ohne weiteres daraus, daß die Parteien des Normenvertrages als bloße Privatpersonen oder Verbände von Privatpersonen ohne besondere staatliche Ermächtigung nicht die Befugnis und Möglichkeit haben, Rechtssätze zu schaffen."

4) Herschel, Die Vertragsordnung als Rechtsnorm, DR 1942,753 ff

fordert jedoch für die Verbindlichkeit der AGB im Einzelfalle eine rechtsgeschäftliche Unterwerfung der Beteiligten. Damit erfaßt diese Theorie aber gerade die Fälle nicht, in denen der Adherent keine Kenntnis vom Bestehen der AGB hatte.

e. Imperativcharakter Allgemeiner Geschäftsbedingungen

In jüngster Zeit hat Lukes[1] versucht, die Geltung AGB - auch bei fehlender Kenntnis des Kunden von ihrem Bestehen - mit dem "Imperativcharakter" AGB zu erklären. Die AGB seien als vorformulierte Vertragsinhalte Regeln oder Normen, die als solche Imperativcharakter hätten und dem Interessentenpublikum erkennbar mitgeteilt werden müßten. Die mit einem Imperativ ausgestattete Regel erfordere eine deutliche Reaktion, wenn der Adressat sich der Regel nicht unterwerfen wolle. Dies folge "aus der Lebenserfahrung", daß jemand, der mit einem Imperativ angesprochen werde und sich diesem nicht unterwerfen wolle, seine Ablehnung zum Ausdruck bringe. Deshalb erscheine es gerechtfertigt, dem Schweigen des Kunden bei vorliegenden AGB einen "besonderen Erklärungswert" beizumessen, der dem Schweigenden angelastet werden könne.

Der Auffassung von Lukes kann nicht zugestimmt werden. Zum einen vermag seine Theorie gerade die Fälle nicht zu erfassen, in denen dem Adherenten die Kenntnis vom Bestehen der AGB fehlt, zum anderen überzeugen seine Folgerungen wenig, die er aus dem "Imperativcharakter" AGB mit Hilfe der "Lebenserfahrung" ziehen will. Letztlich hat es den Anschein, daß Lukes im Grunde die Geltung der AGB doch auf den Erklärungswert des Schweigens stützen will, so daß seine vorhergehenden Ausführungen über den Imperativcharakter der AGB als überflüssig anmuten.

f. Geltung Allgemeiner Geschäftsbedingungen "von Rechts wegen" (Flume)

Wenig überzeugend ist auch der Erklärungsversuch Flumes, daß

---

1) Lukes, Grundprobleme der Allgemeinen Geschäftsbedingungen, JuS 1961,301 ff

für "besondere Geschäftstypen" und für bestimmte Kundenkreise die Geltung AGB ohne vertragliche Vereinbarung "von Rechts wegen" anerkannt sei und die AGB in "Ergänzung des wirklich vertraglich Vereinbarten" gälten, weil nach der Rechtsüberzeugung die Geltung AGB für derartige Vertragstypen um ihrer sozialen Funktion willen einer "richtigen" Ordnung entspräche. Einer weiteren "Rechtfertigung" bedürfe die Anerkennung der Geltung AGB ohne willentliche Verweisung nicht[1]. Die Praxis der Gerichte, bisweilen allzu bereitwillig die Geltung AGB anzunehmen, rechtfertigt zwar den von Flume gegebenen Befund "einer Geltung von Rechts wegen"; jedoch erfordert dieser Tatbestand gerade eine rechtsdogmatische Begründung. Daran läßt es Flume aber augenscheinlich fehlen.

§ 8 Die Auslegung Allgemeiner Geschäftsbedingungen

I. Die Methode der Vertragsauslegung und ihre Anwendbarkeit auf Allgemeine Geschäftsbedingungen

Mit der Aufstellung AGB verfolgt der Proponent unter anderem den Zweck, gleichförmig wiederkehrende Geschäfte im Interesse der Rationalisierung[2] künftighin mit demselben Inhalt abzuschließen. Die AGB enthalten also eine generelle Regelung für eine unbestimmte Vielzahl von Geschäften, deren Ausgestaltung auf den Adherenten zugeschnitten ist, der sich in der vom Proponenten als typisch vorausgesehenen Situation befindet. Dem Adherenten bleibt nur die Wahl, den Vertrag zu den angebotenen Bestimmungen abzuschließen oder vom Vertragsschluß abzusehen. An diese einleitenden Feststellungen knüpft sich die Frage, nach welchen Grundsätzen die Auslegung der AGB zu erfolgen hat.

---

1) Flume, BGB, A. T., S. 669 f

2) Droste, a. a. O.

Einerseits sind die AGB Inhalt von Verträgen[1], so daß zunächst geprüft werden muß, ob und inwieweit die Auslegungsregeln für Rechtsgeschäfte auf sie anwendbar sind, andererseits haben die AGB jedoch Normencharakter und Normenfunktion und damit könnte die Anwendung der Grundsätze gerechtfertigt sein, die für die Auslegung von Gesetzen gelten.

Die Auslegung echter rechtsgeschäftlicher Willenserklärungen hat zum Ziel, denjenigen Sinn der Erklärung festzustellen, der für die k o n k r e t e n Parteien rechtsverbindlich ist[2].

Diese Begrenzung auf die Beteiligten beantwortet bereits teilweise die Frage nach der Methode der Auslegung solcher Erklärungen: Die rechtsverbindliche Bedeutung einer Erklärung ist nicht generell, sondern individuell nach den konkreten Umständen und den Verständnismöglichkeiten der Parteien zu bestimmen[3]. Das Verständnis Dritter oder gar der Allgemeinheit kann solange unberücksichtigt bleiben, als sie nicht durch die Erklärungen betroffen werden. Entscheidend ist somit für die Auslegung rechtsgeschäftlicher Erklärungen, welchen Erklärungssinn sich die Beteiligten zurechnen lassen müssen[4].

II. Die objektive und generelle Auslegung Allgemeiner Geschäftsbedingungen

1. Verständnismöglichkeit des typischen Adherenten

Eine Auslegung der AGB nach der Verständnismöglichkeit des

---

1) a. A. Helm, Private Norm und staatliches Recht beim Massenvertrag, JuS 1965,121,125: Die AGB als Normen stehen "über dem Vertrag und bestimmen seinen Inhalt von außen her".

2) Raiser, Das Recht der AGB, S. 251; Lehmann, BGB, A. T., S. 197

3) Larenz, Die Methode der Auslegung des Rechtsgeschäfts, S. 73; vgl. ferner Raiser, Das Recht der AGB, S. 155

4) Larenz, Die Methode der Auslegung des Rechtsgeschäfts, S. 17

einzelnen Adherenten würde bei denselben Bestimmungen zu unterschiedlichen Auslegungsergebnissen führen. Diese Folge individueller Auslegung läuft dem erkennbaren Willen und Interesse des Proponenten zuwider, den Geschäftsverkehr durch die Verwendung AGB zu vereinheitlichen. Indem der Proponent bereits vor Abschluß der einzelnen Verträge die allgemeinen Bestimmungen seines "Einheitsvertrages" festlegt, gibt er zu erkennen, daß insoweit die besonderen, von Fall zu Fall verschiedenen Umstände des Vertragsschlusses für die Auslegung unbeachtlich sein sollen. Sein erkennbarer Wille richtet sich auf eine objektive und generelle Auslegung, die allein aus dem Inhalt der AGB heraus erfolgt[1]. Diesen Erklärungssinn muß der Proponent sich zurechnen lassen. Dem Interesse des Adherenten läuft eine derartige Auslegung zwar in der Regel zuwider, weil seine Verständnismöglichkeit und sein Verhalten bei Vertragsschluß unberücksichtigt bleiben. Wer jedoch einen Massenvertrag abschließt, muß erkennen, daß der Proponent mit ihm das gleiche Geschäft zu den gleichen Bedingungen abschließen will wie mit allen anderen Adherenten vor und nach ihm[2]. Die Erklärung des Adherenten ist deshalb dahin auszulegen, daß er zu den typischen Bedingungen habe abschließen wollen[3]. Folglich sind die AGB losgelöst von den Vorstellungen und dem Verhalten der jeweiligen Vertragsparteien, unabhängig von den besonderen Umständen des anhängigen Streitfalles und ohne Berücksichtigung der Verständnismöglichkeit des e i n z e l n e n Adherenten auszulegen; die Auslegung erfolgt allein aus dem

---

1) Kost, Zur Auslegung allgemeiner Geschäftsbedingungen, S. 34

2) So das Reichsgericht für den Fall, daß dem Adherenten vor Vertragsschluß die AGB ausgehändigt worden sind, RGZ 81,117,119; dies muß jedoch für den Abschluß eines Massenvertrages schlechthin gelten.
Vgl. ferner RGZ 134,82,83; RG, JW 1934,2761

3) Staudinger-Coing, § 133, Anm. 42;
Kost, a. a. O., S 34

Inhalt der AGB[1]. Dabei stellt die Rechtsprechung auf das Verständnis des typischen Adherenten des konkreten Proponenten ab[2].

Wendet sich der Proponent mit seinen Bedingungen also an das breite Publikum, ist der allgemeine Sprachgebrauch maßgebend; gehören die angesprochenen Adherenten jedoch einer bestimmten Branche an, so kann es dem Proponenten nicht verwehrt sein, sich brancheüblicher Fachausdrücke zu bedienen[3]. Diese Grundsätze können für den Fall zu einer unterschiedlichen Auslegung derselben AGB führen, daß der Proponent ü b l i c h e r w e i s e mit Adherenten verschiedener Branchen kontrahiert[4].

2. Berücksichtigung der ungewöhnlichen Sachkunde des Adherenten

Das Reichsgericht hat in einigen Fällen bei ungewöhnlicher Sachkunde des Adherenten eine Auslegung nach dem Verständnis des typischen Adherenten abgelehnt. So mußte sich der Direktor einer Bank eine abweichende Auslegung zu seinen Ungunsten mit der Begründung gefallen lassen, daß er mit Sinn und Zweck der Bankbedingungen im einzelnen besser vertraut sei als der gewöhnliche Bankkunde[5]. Der Entscheidung des Reichsgerichts ist im Ergebnis zuzustimmen; allein erscheint die Begründung mit den vom Reichsgericht entwickelten Grundsätzen zur Aus-

---

1) Grundlegend: RGZ 81,117,119; vgl. ferner RGZ 94,26,27, 149,96,99 f, 155,26,28, 155,133,135; RG, JW 1939,563. Der BGH hat sich dieser Rechtsprechung angeschlossen, BGHZ 7,365,368, 17,1,3, 26,185,188, 33,216,218. Soll von dem vorgezeichneten Inhalt im E i n z e l f a l l abgewichen werden, so bedarf es der besonderen Vereinbarung, die auch stillschweigend getroffen werden kann, RGZ 155,133,135

2) RGZ 171,43,50 ; vgl. dazu Raiser, Das Recht der AGB, S. 252; Fischer, Die allgemeinen Geschäfts- und Lieferungsbedingungen, BB 1957,481,483

3) Raiser, Das Recht der AGB, S. 258

4) Vgl. Kost, a. a. O., S. 44

5) RGZ 116,198,207; ähnlich RG, JW 1928,618

legung AGB nicht vereinbar. Die allgemeinen Bankbedingungen sind für das breite Publikum bestimmt, und es gibt keinen besonderen Geschäftskreis von banktechnisch vorgebildeten Kunden[1] - jedenfalls ist davon in der Entscheidung des Reichsgerichts nicht die Rede -, so daß eine Auslegung unter Berücksichtigung der besonderen Sachkunde nur gerechtfertigt ist, wenn die Vertragsparteien eine derartige Abweichung von dem üblichen Inhalt der AGB vereinbart haben. Tätigt aber ein Bankdirektor mit seiner eigenen Bank ein Bankgeschäft, werden die Parteien in aller Regel den wahren Willen der Bank berücksichtigt wissen wollen. In dem entschiedenen Falle hat das Reichsgericht deshalb auch die Sicherheit auf eine Forderung erstreckt, die bei der üblichen Auslegung nicht dem Pfandrecht der Banken unterfallen wäre, weil der beklagte Bankdirektor von dem Bestreben der Bank w u ß t e , "ihren Kunden gegenüber eine möglichst umfassende Sicherheit zu erlangen und über den wirklichen Sinn der Bestimmungen nicht im Zweifel sein konnte"[2]. Es hat deshalb den Anschein, als sei das Reichsgericht von einer stillschweigenden abweichenden Vereinbarung der Parteien ausgegangen, wie dies in der zweiten Entscheidung des Reichsgerichts[3] auch in der Begründung offen in Erscheinung tritt. Als Grundsatz ist deshalb festzuhalten, daß die Auslegung der AGB gegenüber allen Adherenten eines bestimmten Geschäftskreises einheitlich erfolgt.

3. Der Begriff der "gesetzesähnlichen" Auslegung Allgemeiner Geschäftsbedingungen

In Anbetracht des Normencharakters AGB und in Ansehung der für die Auslegung AGB geltenden Regeln ist es nicht verwunderlich, daß in Rechtsprechung und Rechtslehre[4] von einer

---

1) Raiser, Das Recht der AGB, S. 259

2) RGZ 116,198,207

3) RG, JW 1928,618

4) Für die Auslegung AGB nach den Grundsätzen der Gesetzesauslegung Ritter, Das Recht der Seeversicherung, Bd. I, Vorbem. II, Anm. 11 (jedenfalls für die ADS); Herschel, DR 1941,1727; Clauß, NJW 1954,905 ff

"gesetzesähnlichen" Auslegung AGB gesprochen wird. So führt das Reichsgericht in seiner Entscheidung im 155. Bd., S. 133, 137, bezeichnenderweise aus:

> "Wer unter Zugrundelegung solcher Bedingungen abschließt, unterwirft sich damit dieser (typischen) Auslegung, auch wenn er sich über ihre Bedeutung andere - unrichtige - Vorstellungen gemacht hat."1)

Die Auslegung AGB stimmt zunächst mit der Auslegung von Gesetzen insofern überein, als auch sie losgelöst vom Einzelfall, auf das Typische abstellend erfolgt. Ein wesentlicher Unterschied liegt indes darin, daß bei der Auslegung AGB entscheidend auf das Verständnis des typischen Adherenten Rücksicht genommen wird, was gerade bei der Auslegung von Gesetzen nicht geschieht 2). Aus diesem Grunde ist auch die Entstehungsgeschichte im allgemeinen für die Auslegung von AGB ohne Bedeutung, es sei denn, daß sie in den angesprochenen Kundenkreis allgemein bekannt ist3). Des weiteren ergeben sich für die ergänzende Auslegung bedeutende Unterschiede: Da die AGB ohne Mitwirkung des Adherenten aufgestellt sind und im Zweifel vorwiegend die Interessen des Proponenten wahren, fehlt der den Gesetzen immanente gerechte Interessenausgleich, so daß eine Ergänzung etwaiger Lücken aus dem Zusammenhang und Geist der AGB nur mit größter Vorsicht erfolgen darf4). Andernfalls würde man die Rechtsposition des ohnehin schon begünstigten Proponenten über den ausdrücklichen Inhalt der Bestimmungen hinaus verbessern und damit dem Grundsatz der Gerechtigkeit zuwiderhandeln. Sofern die AGB keine ausdrückliche Regelung enthalten, ist deshalb

---

1) Vgl. ferner RGZ 170,233,240 ff, 171,43,47/48

2) Staudinger-Coing, Anm. 45 zu § 133; s. aber BGH, VersR 1956,41 f, Auslegung eines Spezialausdrucks auf der Grundlage der "Rechtssprache" und nicht des allgemeinen Sprachgebrauchs

3) Vgl. RGZ 125,236,237 ff, 155,133,135, 171,43,47; weitergehend OLG Hamburg, VersR 1956,58 ff; BGHZ 25,34,44

4) RGZ 137,123,128 f; vgl. Raiser, Das Recht der AGB, S. 254 f

im Regelfall das Gesetz heranzuziehen[1]. Für die Fälle, daß sich "nach Sinn und Zweck der einzelnen Vertragsabrede und aus den sonstigen nach Treu und Glauben zu berücksichtigenden Begleitumständen"[2] ein bestimmter Inhalt der AGB nicht ermitteln läßt, weil sie in dem angesprochenen Geschäftskreis überhaupt keine oder unterschiedliche Deutungen zulassen oder in sich Widersprüche aufweisen, gelten als Hauptregel,

1) daß Unklarheiten zu Lasten des Proponenten gehen, der die AGB formuliert hat oder sie benutzt[3],
2) daß Bestimmungen, die einseitig den Adherenten belasten, einschränkend auszulegen sind.

Diese Grundsätze sind also nur subsidiär anwendbar, wenn die eigentliche Auslegung nicht weiterhilft[4].

4. Die Unklarheitenregel - in dubio contra stipulatorem -

Läßt sich beim Individualvertrag ein für beide Teile verbindlicher Sinn der Vertragserklärungen nicht ermitteln, so ist der Vertrag wegen Dissenses nichtig[5]. Diese Rechtsfolge ist beim Individualvertrag auch gerechtfertigt, denn beide Vertragspartner haben an der Ausarbeitung des Vertragsinhalts mitgewirkt, so daß sie in gleicher Weise der Vorwurf mangelnder Klarheit trifft[6]. Indes befriedigt diese Lösung für verbleibende Unklarheiten bei AGB nicht.

Da der Proponent bewußt auf die Mitwirkung des Adherenten an der Ausarbeitung und Festlegung seiner AGB verzichtet, trägt er allein die Verantwortung für die Abfassung und Ver-

---

1) Raiser, Das Recht der AGB, S. 254 f
2) RGZ 157,67,71
3) Die Unklarheitenregel gehort zur "juristischen Hausapotheke jedes Amtsrichters", Raiser, Das Recht der AGB, S. 265
4) Raiser, a. a. O., S. 262
5) Raiser, Das Recht der AGB, S. 262
6) Anm. Ehrenberg zum Urteil des RG vom 11. 3. 1927, "Typenflugfall", JW 1927,1588,1589

ständlichkeit der AGB[1]. Somit fehlt es an der wichtigsten Voraussetzung der beim Individualvertrag im Falle des Dissenses angeordneten Nichtigkeitsfolge: nämlich der Verantwortlichkeit b e i d e r Vertragsteile für die Abfassung des Vertragsinhalts.

Abgesehen von dem im Einzelfalle betroffenen Adherenten, hat aber auch die Allgemeinheit in Anbetracht der Vielzahl der Verträge ein Interesse an der Aufrechterhaltung der abgeschlossenen Verträge[2]. Ein non liquet der Auslegung verbietet sich aus denselben Gründen wie bei gesetzlichen Bestimmungen. Um den Bestand des Vertrages zu retten und darüber hinaus eine allgemeine Rechtsunsicherheit zu verhindern, wird deshalb die dem Adherenten günstige Deutung für beide Teile rechtsverbindlich[3]. Diese Entscheidung zuungunsten des Proponenten folgt - wie oben ausgeführt - aus seiner Verantwortlichkeit für die Abfassung der AGB[4]. Die Unklarheitenregel bedarf noch insoweit der Präzision, als sie nicht zur Anwendung kommt, wenn sich die unklare Bestimmung durch eine solche des dispositiven Rechts ohne Schwierigkeiten ersetzen läßt. Im übrigen hat sie ihre Grenze bei allzu großer Verworrenheit der AGB; in diesem Falle tritt die Nichtigkeitsfolge ein[5].

5. Kritik der Unklarheitenregel

Gegen die Unklarheitenregel sind Bedenken in zweifacher Hinsicht erhoben worden. Was ihre Anwendbarkeit auf die Allge-

---

1) Kost, a. a. O., S. 28. Dasselbe gilt, wenn er die von anderer Seite abgefaßten Bedingungen lediglich benutzt, da er "die Aufnahme in den Vertrag veranlaßt hat", Ehrenberg, a. a. O.

2) Droste, a. a. O.

3) RGZ 116,274,276, 120,18,20, 142,353,356, 145,21,26; BGHZ 5,111,115, 24,39,45; LG Duisburg, NJW 1964,160; zustimmend Baur, JZ 1953,30

4) OLG Celle, BB 1960,305 f

5) Raiser, Das Recht der AGB, S. 262

meinen Versicherungsbedingungen betrifft, so hat insbesondere Prölss eingewandt, daß die Versicherungsnehmer an deren Aufstellung beteiligt gewesen seien und zudem diese Bedingungen der Versicherungsaufsicht unterlägen[1]. Zwar fehlt es an der wichtigsten Voraussetzung für die Unklarheitenregel, wenn die Parteien als Gleichberechtigte den Inhalt der AGB ausgehandelt haben; indes offenbaren die Allgemeinen Versicherungsbedingungen, daß von einer derartigen gleichberechtigten Mitwirkung nicht die Rede sein kann. Mögen die Versicherungsnehmer auch im Zeitpunkt der Beratung noch ein Mitspracherecht gehabt haben, so zeigt doch die Verteilung der Rechte und Pflichten in den Allgemeinen Versicherungsbedingungen, daß letztlich die Versicherer den Inhalt bestimmt haben[2]. Damit ist aber Raum für die Anwendung der Unklarheitenregel.

Die zweite Kritik knüpft an den Begriff der "gesetzesähnlichen" Auslegung AGB, die eine Anwendung der Unklarheitenregel ausschließe[3]. Diese Kritik ist bereits im Ansatz verfehlt, denn der Grundsatz der gesetzesähnlichen - nicht g e s e t z e s g l e i c h e n - Auslegung bedeutet keineswegs, daß die AGB in jeder Hinsicht wie Gesetze zu behandeln seien[4]. Gerade das verkennt aber Clauß.

6. Die restriktive Auslegung der den Adherenten belastenden Allgemeinen Geschäftsbedingungen

Neben der Unklarheitenregel steht als zweite Hauptregel, daß

---

1) Prölss, Versicherungsvertragsgesetz, Vorbem. III A 8; so auch Baumbach-Duden, Einf. Buch III, 3 B

2) Ähnlich verhält es sich bei den ADSp, die trotz der Mitwirkung von Interessenvertretungen der Versender zugunsten der Spediteure ausgefallen sind (vgl. Helm, JuS 1965,121, 123).

3) Clauß, NJW 1954,905 ff; vgl. Haidinger, Grundfragen des Versicherungsrechts in der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs, Festgabe für Prölss, Karlsruhe 1957, S. 121 f; ders., VersR 1954,16

4) Haidinger, Unklarheitenregel bei der Auslegung von Allgemeinen Versicherungsbedingungen und Allgemeinen Geschäftsbedingungen, VersR 1955,370 f

Bestimmungen, die zu Lasten des Adherenten gehen, restriktiv auszulegen sind. Besonders aufschlußreich ist die Rechtsprechung zu den Freizeichnungsklauseln. Hat der Proponent seine Haftung nicht ausdrücklich für bestimmte Fälle ausgeschlossen oder beschränkt, so haftet er[1]. Mit Recht steht die Rechtsprechung auf dem Standpunkt, daß für den Adherenten sofort erkennbar sein muß, welches Risiko er eingeht[2]. Mit derselben Strenge gegenüber dem Proponenten werden im Versicherungsrecht die Klauseln ausgelegt, die den Versicherungsschutz einschränken oder gar für bestimmte Schadensfälle ausschließen[3].

Die Ausführungen über die Auslegung AGB können abgeschlossen werden mit der Feststellung, daß die Gerichte dem Adherenten durch die besonderen Auslegungsregeln einen sehr wirksamen Schutz zuteil werden lassen.

7. Die Revisibilität der Auslegung Allgemeiner Geschäftsbedingungen

Im Interesse der Rechtseinheitlichkeit und Rechtssicherheit hat bereits das Reichsgericht[4] anerkannt, daß die richterliche Auslegung von AGB - im Gegensatz zur Auslegung von Bestimmungen eines Individualvertrages - auch in der Revisionsinstanz in vollem Umfang nachprüfbar ist, sofern die AGB über den Bezirk eines einzelnen Oberlandesgerichts hinaus Anwendung finden. Nach §§ 549, 550 ZPO sind zwar nur "Rechtsnormen" revisibel, zu denen die AGB nach herrschender Meinung nicht gehören; indes besteht auch bei AGB - genauso wie bei Gesetzen - das Bedürfnis, ihren Inhalt einheitlich für alle Verträge festzustellen, die auf der Grundlage derselben AGB abgeschlossen werden. Deshalb will Schwinge die

---

1) RGZ 142,353,355; BGHZ 5,111,115, 24,39,42 ff

2) RG, S. A. 79,306,309

3) RG, LZ 1922,558 f. Sehr eng werden auch die Obliegenheiten des Versicherten und die Rechtsfolgen deren Verletzung ausgelegt, RGZ 157,67,72

4) Grundlegend: RGZ 81,117

Revisibilität über den Kreis der Rechtsnormen hinaus auch bei solchen Normen zulassen, "die außerhalb des gesetzten Rechts das Verhalten der Menschen p r a k t i s c h bestimmen"[1]. Die Revisibilität der Auslegung AGB führt auch nicht zu einer 3. Tatsacheninstanz, was dem Zweck der §§ 549, 550 ZPO zuwiderlaufen würde. Da nämlich bei der Auslegung AGB das Parteiverhalten der e i n z e l n e n Vertragspartner sowie alle individuellen Besonderheiten unberücksichtigt bleiben, die AGB vielmehr nach objektiven Gesichtspunkten aus sich selbst heraus ausgelegt werden, kann das Revisionsgericht die Auslegung ohne eigene Tatsachenermittlung vornehmen. Eine Nachprüfung der Auslegung durch das oberste Gericht ist jedoch allein für den Fall geboten, daß die Gefahr uneinheitlicher Auslegung besteht. Aus diesem Grunde unterliegen nur solche AGB der Nachprüfung, die über den Bezirk eines Oberlandesgerichts hinaus zur Anwendung kommen.

§ 9 Die Grenzen inhaltlicher Gestaltung Allgemeiner Geschäftsbedingungen

1. Die Notwendigkeit einer Gültigkeitskontrolle Allgemeiner Geschäftsbedingungen

Die Rechtsprechung konnte die Aufgabe, die ihr gegenüber AGB gestellt war, nicht allein durch eine "abschleifende", adherentenfreundliche Auslegung hinreichend lösen, denn die richterliche Auslegungsbefugnis findet ihre Grenzen in dem klaren und eindeutigen Wortlaut der Bestimmungen[2]. Neben der Auslegung bedurfte es daher der richterlichen Inhaltskontrolle, um eine unbillige Verteilung der Rechte und Pflichten zum Nachteile des Adherenten zu vermeiden. Eine richterliche In-

---

1) Schwinge, Grundlagen des Revisionsrechts, S. 99

2) RGZ 126,324,327; Raiser, Das Recht der AGB, S. 269; Ehrenberg, Versicherungsrecht, S. 81 f. Die Entscheidungen des Reichsgerichts im 87.Bd., S. 335 ff, und im 98.Bd., S. 122 ff, mit einer "Auslegung" gegen den eindeutigen Wortlaut der Bestimmungen sind Ausnahmen geblieben.

haltskontrolle findet im Rahmen der §§ 134, 138 BGB zwar auch beim Individualvertrage statt; indes ist bei Verträgen auf der Grundlage AGB eine Begrenzung über das Verbot des Verstoßes gegen das Gesetz und gegen die guten Sitten hinaus geboten[1].

II. Die Rechtsprechung zum Monopolmißbrauch auf der Grundlage des § 138 BGB

Die Gerichte haben sich zunächst im wesentlichen darauf beschränkt, die Gültigkeit einzelner Bestimmungen oder der gesamten AGB an der Sittenwidrigkeit im Sinne des § 138 BGB zu messen, nachdem der Begriff der Sittenwidrigkeit dergestalt erweitert worden war, daß er auch Verstöße gegen den ordre public économique umfaßte[2].

Die Rechtsprechung knüpfte die Anwendung des § 138 BGB auf AGB an die Voraussetzung, daß der Proponent sie dem Adherenten in Ausnutzung einer Monopolstellung aufgenötigt hatte. Der Gedanke vom Monopolmißbrauch findet sich bereits angedeutet in der Entscheidung des Reichsgerichts im 20. Bd., S. 115, 117[3]; seine grundlegende Ausformung erfährt er aber erst in der Entscheidung im 62. Bd., S. 264, der folgender Sachver-

---

1) Krause, BB 1955,265,268 f; Fischer, BB 1957,481,486; Baumbach-Duden, Handelsgesetzbuch, Einf. Buch III, Anm. 3 E; v. Caemmerer, Verlängerter Eigentumsvorbehalt und Bundesgerichtshof, JZ 1953,97,99; BGHZ 22,90,97

2) Durch den § 138 BGB wurden anfänglich nur solche Rechtsgeschäfte erfaßt, die auf einen im Sinne der herrschenden Moral unsittlichen Erfolg gerichtet waren, Raiser, Das Recht der AGB, S. 280; vgl. Rosenthal, JW 1927,656 ff, der auf die "starke ethische Belastung" durch den Vorwurf eines Verstoßes gegen die guten Sitten hinweist; genauso RGZ 150,1,5 f; v. Tuhr, A. T., II 2, S. 22: "Unter guten Sitten (boni mores) sind die Vorschriften der Sittlichkeit (Moral) zu verstehen." Durch diese ursprüngliche Auffassung erklärt sich meines Erachtens die große Zurückhaltung der Gerichte, AGB als sittenwidrig zu erklären.

3) Vgl. auch RGZ 48,114,127

halt zugrunde lag: Im Kaiser-Wilhelm-Kanal stießen der dem Kläger gehörende Dampfer "Kriemhild" mit einem Dampfbaggerprahm des beklagten Fiskus infolge Verschuldens der Prahmbesatzung zusammen. Gegenüber dem Schadensersatzbegehren des Klägers berief sich der Beklagte auf eine Bestimmung der Betriebsordnung für den Kaiser-Wilhelm-Kanal, die jede Ersatzpflicht für Verschulden der Angestellten der Kanalverwaltung ausschloß. Das Reichsgericht verneint die Gültigkeit dieser Klausel in erster Linie mit der Begründung, daß ein Haftungsausschluß der gesetzlich festgelegten Widmung des Kanals widerstreite, dem allgemeinen Verkehr als öffentliche Wasserstraße zu dienen. Hilfsweise beruft sich das Reichsgericht auf die Sittenwidrigkeit der Bestimmung mit der folgenden grundlegenden Ausführung:

> "Wo der einzelne ein ihm tatsächlich zustehendes Monopol oder den Ausschluß einer Konkurrenzmöglichkeit dazu mißbraucht, dem allgemeinen Verkehr unbillige, unverhältnismäßige Opfer aufzuerlegen, unbillige und unverhältnismäßige Bedingungen vorzuschreiben, da können dieselben rechtliche Anerkennung nicht finden."1)

Die Begrenzung der richterlichen Kontrolle auf die Fälle, in denen der Proponent ein tatsächliches Monopol innehat, erwies sich jedoch als unzureichend; die Rechtsprechung ließ deshalb schon bald eine "monopolartige Stellung"[2] genügen. Führt die Ausnutzung einer derartigen Machtstellung zum Diktat unbilliger und unverhältnismäßiger Bedingungen, so sind sie wegen Sittenwidrigkeit nichtig. Die Verhältnismäßigkeit und Billigkeit AGB wird dabei an den Verhältnissen des normalen Kundenkreises gemessen, unter besonderer Berücksichtigung des öffentlichen Interesses an dem Inhalt AGB[3].

Gegenstand der richterlichen Kontrolle sind im allgemeinen

---

1) Zum Mißbrauch der Monopolstellung s. ferner RGZ 99,107, 109 ff, 102,396,397 f, 103,82,83 f, 106,386,388, 113,427,429 f, 115,218,219 f, 128,251,254 ff, 143,24, 28 ff; RG, JW 1927,655 ff

2) RGZ 115,218,219 f

3) Raiser, Das Recht der AGB, S. 287

nicht die AGB en bloc, sondern allein jene Bestimmungen, um derentwillen im konkreten Falle gestritten wird[1]. Gegen diese Beschränkung der Gültigkeitskontrolle auf aktuelle Bestimmungen spricht insbesondere, daß jede Bestimmung f ü r s i c h a l l e i n betrachtet durchaus nicht sittenwidrig zu sein braucht und erst die Gesamtwürdigung aller Rechte und Pflichten zum Nichtigkeitsurteil des ganzen Vertrages führen kann[2].

1. Die Rechtsfolgen der Nichtigkeit Allgemeiner Geschäftsbedingungen

Die Nichtigkeit einzelner Klauseln hat nach ständiger Rechtsprechung nicht die Nichtigkeit des ganzen Vertrages zur Folge, der vielmehr ohne die nichtigen Klauseln aufrechterhalten und in der Regel durch Bestimmungen des dispositiven Gesetzesrechts ergänzt wird[3]. Das Ergebnis der Rechtsprechung findet aus praktischen Erwägungen in der Rechtslehre allgemeine Zustimmung[4]. Man würde dem Adherenten durch die Totalnichtigkeit einen schlechten Dienst erweisen, zudem entstünde eine allgemeine Rechtsunsicherheit. Allerdings herrscht Streit über die Begründung der Teilnichtigkeit.

Das Reichsgericht stützt sein Ergebnis auf § 139 BGB. Die Anwendung dieser Bestimmung erscheint jedoch verfehlt, denn der § 139 BGB knüpft die Möglichkeit, den restlichen Vertrag aufrechtzuerhalten, an den gemeinschaftlichen Parteiwillen,

---

1) RG, JW 1931,2719

2) Hurst, Inwieweit kann Gesetzesrecht durch allgemeine Geschäftsbedingungen abbedungen werden?, S. 22 u. 28; Pagenstecher, Sittenwidrige Lieferungsbedingungen, S. 6

3) RGZ 131,213,222; BGHZ 22,90,92, 41,151,156

4) Raiser, Das Recht der AGB, S. 320; v. Brunn, Die formularmäßigen Vertragsbedingungen der deutschen Wirtschaft, S. 114; Fischer, BB 1957,481,484; Droste, a. a. O.; Staudinger-Coing, § 139, Anm. 13b; Soergel-Siebert-Hefermehl, § 139, Anm. 29. Einschränkend Pagenstecher, der häufiger die Nichtigkeit des ganzen Vertrages ausgesprochen haben will, a. a. O., S. 19

der doch gerade beim modernen Massenvertrag nicht vorhanden ist[1]. Im übrigen steht der erkennbare Wille des Proponenten entgegen, nur auf der Grundlage der AGB en bloc das Geschäft abzuschließen.

Aber auch die Rechtslehre vermochte keine dogmatisch haltbare Lösung anzubieten. Pagenstechers Vorschlag[2], die Gesamtheit der AGB durch dispositives Gesetzesrecht zu ersetzen, unterscheidet sich im Kern nicht von der Auffassung des Reichsgerichts. Nipperdey will den aus § 826 BGB entwickelten Kontrahierungszwang in der Weise anwenden, daß der Proponent ohne Rücksicht auf seinen Willen an dem Vertrage festgehalten werde[3]. Dieser Lösungsversuch kann jedoch allenfalls für die Fälle fruchtbar gemacht werden, in denen der Proponent ein Monopol innehat[4]. In jüngster Zeit hat Lukes einen bemerkenswerten Lösungsvorschlag gemacht, bei dem sich das Problem der Teilnichtigkeit überhaupt nicht stellt[5] Lukes will bereits in der Aufstellung AGB ein Rechtsgeschäft sehen, so daß die Schranken rechtsgeschäftlicher Gestaltungsfreiheit für die AGB nicht erst mit dem Abschluß des einzelnen Vertrages gelten würden. Diesem Vorschlage kann jedoch nicht zugestimmt werden, da in der bloßen Aufstellung AGB noch kein Rechtsgeschäft liegt; eine Rechtsverbindlichkeit der AGB tritt erst mit dem Abschluß des Vertrages ein[6]

---

1) Staudinger-Coing, § 139, Anm. 13b

2) Pagenstecher, a. a. O., S. 20 ; die Beschränkung der Nichtigkeit auf einzelne Bestimmungen der AGB lehnt Pagenstecher ab, weil die AGB dem Adherenten en bloc aufgezwungen worden seien. Dieser Auffassung ist dogmatisch beizupflichten.

3) Nipperdey, Kontrahierungszwang und diktierter Vertrag, S. 53 ff

4) Raiser, Das Recht der AGB, S. 322

5) Lukes, Der Kartellvertrag, S. 192 ff u. 253 ff; ders., JuS 1961,301,303; ders., Gedanken zur Begrenzung des Inhalts Allgemeiner Geschäftsbedingungen, Festschr. für A.Hueck,S.471

6) Brandner, Die Umstände des einzelnen Falles bei der Auslegung und Beurteilung von allgemeinen Geschäftsbedingungen, AcP 162,237,250 ff; Isele, a. a. O., S. 311; Helm, JuS 1965,121,124, Fußnote 37

Auch für Helm erhebt sich die Frage der Teilnichtigkeit überhaupt nicht. Helm sieht den Geltungsgrund AGB zwar im Vertrage, durch die Unterwerfung würden die AGB jedoch nicht Vertragsbestandteil, sondern blieben Normen, so daß § 139 BGB gar nicht anwendbar sei. Die Nichtigkeit einer einzelnen Norm lasse aber ganz unstreitig die Wirksamkeit selbständiger anderer Normen unberührt[1].

2. Kritik der Rechtsprechung zum Monopolmißbrauch

Die Inhaltskontrolle der AGB im Rahmen des § 138 BGB muß sowohl hinsichtlich ihrer Voraussetzungen als auch der Rechtsfolgen als unbefriedigend empfunden werden[2]. Die Rechtsprechung zum Monopolmißbrauch ist zwar nicht beim tatsächlichen Monopol stehengeblieben, die Ausweitung auf die bloße wirtschaftliche Machtstellung hat jedoch einen zu unbestimmten Begriff geschaffen, um wirklich praktikabel zu sein. Im übrigen ist die Rechtsprechung zum Monopolmißbrauch zu wenig am Inhalt der AGB, als vielmehr an dem Mittel ihrer Durchsetzung orientiert. Ein Unternehmer, der auf die Gleichgültigkeit und die rechtliche Unerfahrenheit seiner Kunden spekuliert, ist jedoch nicht schutzwürdiger als jener, der seine wirtschaftliche Macht ausnutzt[3]. Letztlich fehlt es für die Rechtsfolgen, die an die Nichtigkeit einzelner Bestimmungen der AGB geknüpft werden, an einer dogmatisch haltbaren Begründung.

---

1) Helm, JuS 1965,121,126

2) Die Lehre lehnt die Rechtsprechung zum Monopolmißbrauch deshalb durchweg ab; vgl. etwa Rosenthal, Anmerkung zum Urteil des RG vom 23. 10. 1926, JW 1927,656 ff; Roquette, Die Typisierung des Vertragsinhalts durch allgemeine Vertragsbedingungen, JW 1938,545,548 f; Bernhardt, Die allgemeinen Geschäftsbedingungen als Rechtsnormen, DR 1942, 1171 ff; Haupt, Vertragsfreiheit und Gesetz, ZAkDR 1943, 84,85; v. Caemmerer, JZ 1953,97,99; Hildebrandt, Zulässigkeit und Wirkung von allgemeinen Geschäftsbedingungen, JR 1955,325 ff; Esser, Schuldrecht, § 12,4

3) Raiser, Das Recht der AGB, S. 284

III. Der Schutz des Adherenten in der Rechtsprechung auf der Grundlage des § 242 BGB

1. Die unzulässige Rechtsausübung

Die Rechtsprechung des Reichsgerichts zum Mißbrauch der Monopol- oder bloßen Machtstellung vermittelte trotz aller Weitungen nur einen sehr lückenhaften und unvollkommenen Schutz des Adherenten. Das Reichsgericht hat deshalb neben § 138 BGB den § 242 BGB angewandt und ungeachtet der wirtschaftlichen Machtverhältnisse die Geltendmachung bestimmter, an sich gültiger Geschäftsbedingungen für unzulässig erklärt, weil die Ausübung des Rechts im konkreten Falle mit Treu und Glauben unvereinbar sei[1]. Jedoch gestattet das Rechtsinstitut der unzulässigen Rechtsausübung lediglich einen Schutz im Einzelfalle. Ein Werturteil über die strittige Bestimmung schlechthin wird gerade nicht gefällt. Damit schied der § 242 BGB in seiner funktionsgerechten Anwendung im Kampf der Gerichte gegen unlautere Geschäftsbedingungen für eine Gesamtlösung aus.

2. Die generelle Gültigkeitskontrolle

In seiner Entscheidung im 22. Bd., S. 90 f, hat der Bundesgerichtsnof den § 242 BGB zum Ansatzpunkt für eine g e n e r e l l e Gültigkeitskontrolle AGB herangezogen. So führt der Bundesgerichtshof aus:

> "Eine andere Gestaltung der Lieferungsbedingungen läßt sich mit den Grundsätzen von Treu und Glauben nicht vereinbaren, weil dies zu einer rechtlich unhaltbaren, weil rechtlich unbilligen Belastung des Käufers führen würde, die nicht hingenommen werden kann. In dieser Hinsicht bestehen deshalb für den Inhalt der Lieferungsbedingungen gemäß § 242 BGB zwingende Schranken."2)

---

1) RGZ 126,324,327; RG, DR 1941,1726, 1941,2446; RGZ 168,321, 329; genauso der BGH, BGHZ 13,198,201 f, 20,164,167 f

2) BGH 22,90,97; genauso BGHZ 33,216,221, 37,94,98, 41,151,153

Mit dieser Rechtsprechung hat der Bundesgerichtshof den Anwendungsbereich des § 242 BGB überschritten, denn der § 242 BGB sagt nichts über die Schranken der Gestaltung eines Vertrages, die es aber doch gerade bei der Gültigkeitskontrolle zu bestimmen gilt. § 242 BGB setzt vielmehr wirksam entstandene Verpflichtungen voraus und erklärt lediglich die Ausübung einzelner Rechtsbefugnisse bzw. die Berufung auf Rechtsbeschränkungen des Vertragspartners im Falle der Treuwidrigkeit für unzulässig.

Darüber hinaus ist § 242 BGB nur auf das konkrete einzelne Vertragsverhältnis anwendbar, wobei auf die individuelle Situation gerade dieser Vertragspartner abzustellen ist, so daß mit Hilfe des § 242 BGB keine generellen und objektiven Grenzen bestimmt werden können. Die höchstrichterliche Rechtsprechung ist deshalb in der Rechtslehre allgemein auf Ablehnung gestoßen[1].

IV. Die Lösungsversuche der Rechtslehre

1. Begrenzung der Vertragsfreiheit

Die Rechtslehre hat ihrerseits Wege aufgezeigt, wie sich durch die Anwendung allgemeiner, gesetzlich nicht ausdrücklich festgelegter Rechtsgrundsätze die inhaltlichen Grenzen AGB bestimmen lassen.

Raiser will diese Grenzen mit Hilfe der Institution der Vertragsfreiheit ziehen, indem er das Gesamtwohl[2] und die Gemeinschaftsinteressen[3] als Schranke für die inhaltliche Ausgestaltung AGB betrachtet[4]. Zur näheren Bestimmung der Grenzen der Vertragsfreiheit sei von den Wertungen auszugehen,

---

1) Lukes, JuS 1961,301,307; ders., Festschrift für A. Hueck, S. 467; Meeske, BB 1959, 857,861; Brandner, AcP 162,237, 247; Larenz, A. T., S. 97, Fußnote 2

2) Raiser, Das Recht der AGB, S. 288

3) Raiser, a. a. O., S. 293

4) Vgl. auch Raisers Beitrag auf dem DJT 1955, E 23,28,29

die dem dispositiven Gesetzesrecht zugrunde lägen. Diese Bestimmungen beanspruchten gegenüber Vertragsordnungen zwar nur subsidiäre Geltung, jedoch sei ihnen im allgemeinen der "angemessene, natürliche Ausgleich der widerstrebenden Partei- und der übergeordneten Gemeinschaftsinteressen" immanent[1]. Allerdings sei der Gerechtigkeitsgehalt der Dispositivnormen verschieden groß, so daß der Maßstab für die Grenze der zulässigen Abweichungen nicht bei allen Bestimmungen gleich sei. Am engsten sei die Grenze bei solchen Dispositivnormen zu ziehen, die den Anspruch erheben, Rechte und Pflichten gerecht zugeteilt zu haben. In letzteren Fällen dürfe der Gerechtigkeitsgedanke des Gesetzes überhaupt nicht beeinträchtigt werden[2].

Der von Raiser beschrittene Weg, die inhaltlichen Grenzen AGB mit Hilfe der immanenten Schranken der Vertragsfreiheit zu ziehen, verdient zum einen Zustimmung, weil die Bestimmung der Grenzen objektiv erfolgt[3]. Zum anderen richtet diese Lösung das Hauptaugenmerk auf den I n h a l t der AGB - und nicht auf das Mittel ihrer Durchsetzung - und tritt damit Mißbräuchen der Vertragsfreiheit entgegen, die aufgrund der besonderen Situation des Proponenten beim modernen Massenvertrag allzu leicht möglich sind[4].

Es darf allerdings nicht übersehen werden, daß dieser Weg eigentliche praktische Bedeutung nur für die Fälle hat, in denen dispositive Rechtsnormen vorhanden sind.

---

1) Raiser, a. a. O., S. 293

2) Raiser, a. a. O., S. 295; ähnlich Großmann-Doerth, der zwischen rein technischen Regeln und auf Gerechtigkeitsurteilen beruhenden Normen unterscheidet; letztere dürften durch AGB nicht ausgeschaltet werden, a. a. O., S. 19

3) Isele, JuS 1961,308,311

4) Gegen den Ansatzpunkt Raisers, die inhaltlichen Schranken AGB aus den immanenten Grenzen der Vertragsfreiheit zu folgern, wendet sich Flume mit der Begründung, daß für die einseitig gesetzten AGB das Gebiet der Privatautonomie überhaupt verlassen sei, Festschrift Juristentag, S. 166,167

Eine ähnliche Lösung wie Raiser vertreten Nipperdey[1] und Brandt[2], die allerdings die dispositiven Gesetzesnormen nicht nur als Wertungsgrundlagen, sondern als unmittelbare Schranken für den Inhalt AGB betrachten. Anders als beim Individualvertrage dürfe der Inhalt des Massenvertrages überhaupt nicht oder doch nur in sehr beschränktem Umfang von der Regelung des dispositiven Rechts abweichen. Eine Abweichung dürfe nur für den Fall erfolgen, daß sie durch eine andere als vom Gesetzgeber geregelte Interessenlage gerechtfertigt sei; begründet wird diese Auffassung mit der schlechthin verbindlichen Natur des Rechts unter Einschluß der dispositiven Rechtssätze. Gerade diese Begründung scheint dem Wesen der Dispositivnormen zuwiderzulaufen.

2. Der Rechtsgedanke des § 315 BGB

Larenz will den im § 315 BGB enthaltenen Schutzgedanken fruchtbar machen, um die AGB einer Gültigkeitskontrolle (= Billigkeitskontrolle) zu unterziehen. Da die AGB nicht ausgehandelt, sondern von einer Partei allein festgelegt würden, liege hier "faktisch" eine Situation vor, die der in § 315 BGB vorausgesetzten "ähnlich" sei. Eine Bedingung sei danach nicht verbindlich, wenn sie unter Berücksichtigung der gesamten Vertragsbedingungen unbillig und daher nicht zumutbar sei[3]. Der Auffassung Larenz', § 315 BGB als dogmatischen Ansatzpunkt für die Gültigkeitskontrolle AGB zu verwenden, ist im Schrifttum insbesondere Lukes beigetreten[4]. Indes ist nicht klar erkennbar, inwieweit Larenz und Lukes hinsichtlich der methodischen Begründung übereinstimmen.

---

1) Nipperdey, a. a. O.

2) Brandt, Die allgemeinen Geschäftsbedingungen und das sogenannte dispositive Recht, DRW 1940,76 ff

3) Larenz, Schuldrecht, A. T., S. 96,97

4) Lukes, § 315 BGB als Ausgangspunkt für die Inhaltskontrolle allgemeiner Geschäftsbedingungen, NJW 1963,1897 ff; zustimmend auch Flume, Festschrift Juristentag, S. 169. Im Anschluß an Larenz stützt sich auch der BGH auf § 315 BGB (BGHZ 38,183,186)

Es hat den Anschein, daß Larenz bewußt von einer methodischen Begründung seines Ergebnisses absieht und den § 315 BGB allein als positivrechtlichen Ansatzpunkt für einen allgemeinen Rechtsgedanken betrachtet[1]. Hingegen unternimmt Lukes den Versuch, sein Ergebnis mit den Mitteln der Methodenlehre zu begründen. Lukes stellt zunächst klar, daß der § 315 BGB nicht unmittelbar auf einen Vertrag mit AGB anwendbar ist, da § 315 BGB einen bereits geschlossenen Vertrag voraussetze und ferner die spätere Bestimmung der Leistung vertragsgemäß einer Partei vorbehalten sein müsse. Eine derartige nachträgliche Bestimmung des Vertragsinhalts finde bei Verträgen mit AGB nicht statt; vielmehr werde der Inhalt AGB bereits vor Vertragsschluß einseitig festgelegt und mit dem Abschluß des Einzelvertrages durch die beiderseitigen Willenserklärungen rechtsverbindlich, so daß für die im § 315 I BGB enthaltene Auslegungsregel, daß die Bestimmung nach billigem Ermessen erfolgen soll, kein Raum mehr sei. Trotz dieser Unterschiede sei jedoch die Anwendung des im § 315 BGB enthaltenen Schutzgedankens auf AGB-Verträge gerechtfertigt. Durch § 315 BGB habe der Gesetzgeber klarstellen wollen, daß übertragene fremde Privatautonomiebefugnisse nur in den Grenzen des billigen Ermessens mit verbindlicher Wirkung ausgeübt werden könnten. § 315 BGB sei also letztlich nichts anderes als die "Klarstellung einer Grenze der Privatautonomie". Zwar habe der Einzelvertragspartner dem Aufsteller der AGB nicht die Befugnis erteilt, einseitig den Inhalt der AGB zu bestimmen, aber aufgrund seiner wirtschaftlichen Machtstellung sei der Aufsteller in der Lage, seinen Partner "zur Anerkennung der AGB zu bewegen", wenn dies formell auch durch eine entsprechende Willenserklärung geschehe. Die Interessenlage beim AGB-Vertrag sei daher der dem § 315 BGB zugrunde liegenden Interessenlage ähnlich. Die Fortentwicklung der Rechtsidee erfordere auch eine Übertragung der im § 315 BGB enthaltenen

---

1) Auch der BGH sieht von einer dogmatischen Begründung ab und begnügt sich mit der lapidaren Feststellung: "Wegen der einseitigen Festlegung der Allgemeinen Geschäftsbedingungen durch einen Vertragsteil kommt hier der im § 315 BGB enthaltene Schutzgedanke zum Zuge."

Interessenregelung und -wertung auf Verträge mit AGB. Der Einzelvertragspartner sei genau wie derjenige, der sein Bestimmungsrecht durch Rechtsgeschäft übertragen habe, gegenüber dem Aufsteller bzw. Bestimmenden in der schwächeren Rechtsposition. Nach der gesetzlichen Wertung schließe diese unterschiedliche Rechtsposition zwar das Bestimmungsrecht nicht aus, jedoch könne es wirksam nur in den Grenzen des billigen Ermessens ausgeübt werden. Diese Begrenzung der Privatautonomiebefugnisse müsse in gleicher Weise bei der einseitigen Gestaltung des Inhalts AGB gelten[1].

Es erscheint fraglich, ob die analoge Anwendung des § 315 BGB auf AGB-Verträge zulässig ist. Zum einen läßt sich aus der Bestimmung des § 315 BGB nur schwer ein allgemeiner Rechtsgedanke herleiten, zum anderen übt der Proponent im Gegensatz zum § 315 BGB gerade keine abgeleitete, sondern eigene Privatautonomie aus.

3. Das Sozialstaatsprinzip

Neuerdings wird in der Lehre auch die Auffassung vertreten, daß das im Grundgesetz verankerte Sozialstaatsprinzip von Einfluß auf die Grenzen des Zulässigen bei der Abfassung AGB sei[2]. Es soll nicht in Abrede gestellt werden, daß AGB zum Teil Rechtsverhältnisse von allgemeiner sozialer Bedeutung regeln und daß das Interesse an ihrem Inhalt in Anbetracht der Größe des Adherentenkreises erheblich ist. Gleichwohl erscheint der Gedanke, die inhaltlichen Grenzen der AGB auf der Grundlage der Sozialstaatsklausel zu bestimmen, als sehr weit hergeholt. Der moderne Massenvertrag bleibt trotz

---

1) Zur Anwendbarkeit des § 315 BGB auf AGB vgl. ferner Etzler, Der Geltungsgrund Allgemeiner Geschäftsbedingungen, Diss. Göttingen, S. 117

2) Krause, BB 1955,265,268; Laufke, Zivilrechtslehrertagung 1955, JZ 1955,714,715; ders., Festschrift Lehmann, Bd. I, S. 186; Dilcher, NJW 1960,1040,1042; Hurst, a. a. O., S. 103; dagegen v. Brunn, Die formularmäßigen Vertragsbedingungen der deutschen Wirtschaft, S. 62 ff

der Verwendung AGB und ungeachtet der "Inanspruchnahme sozialer Macht" seitens des Proponenten ein privatrechtlicher Vertrag, dessen Mißbräuche mit Hilfe der Rechtsbehelfe des Vertragsrechts begegnet werden können.

V. Konkretisierung der Grenzen bei der inhaltlichen Gestaltung Allgemeiner Geschäftsbedingungen

Die Zulässigkeit einer Billigkeitskontrolle AGB wird heute allgemein anerkannt[1], wenn auch die Begründungen voneinander abweichen. Eine derartige Inhaltskontrolle, die über den Rahmen der §§ 134, 138 BGB hinausgeht, ist bei AGB-Verträgen gerechtfertigt, da der Adherent von der inhaltlichen Gestaltung der AGB ausgeschlossen ist und es deshalb an der "Richtigkeitskontrolle" fehlt, die beim Individualvertrag im Aushandeln und in der beiderseitigen Einigung liegt[2].

Problematisch an der Billigkeitskontrolle ist indes nach wie vor, die Maßstäbe zu bestimmen, nach denen sie zu erfolgen hat. Die Aufgabe der Konkretisierung fällt naturgemäß in erster Linie den Gerichten zu.

Klarheit herrscht zunächst über den Ausgangspunkt der Inhaltskontrolle, daß sich die Frage der Billigkeit nach den Interessen "der normalerweise an solchen Geschäften Beteiligten"[3] und nicht des einzelnen Adherenten beurteilt[4]. Zur Frage, wann eine Bestimmung unbillig und daher nicht verbindlich ist, hat der Bundesgerichtshof in seiner Entscheidung im 41. Bd., S. 154, - im Anschluß an Raiser - folgende Leitsätze aufgestellt:

---

1) Haupt, ZAkDR 1943,85 ff; Lukes, JuS 1961,301,306; Brandner, AcP 162,237,244; Fischer, BB 1957,481,486; Dilcher, NJW 1960,1040,1042; Helm, JuS 1965,121,127, der von einer "Normenkontrolle" durch die Gerichte spricht; BGHZ 37,94,98

2) Gegen die ungleiche Behandlung der AGB-Verträge und gegen die Billigkeitskontrolle v. Brunn, a. a. O., S. 93 ff

3) BGHZ 38,183,185

4) RGZ 170,233,240 f; BGHZ 22,90,98, 33,116,129, 38,183,185; Hurst, a. a. O., S. 25, spricht von "sphärentypischen Interessen"

1) AGB sind unverbindlich, wenn sie mit den Grundsätzen von Treu und Glauben nicht zu vereinbaren sind.
2) Von Vorschriften des dispositiven Rechts, "die ihre Entstehung nicht nur Zweckmäßigkeitserwägungen, sondern einem aus der Natur der Sache sich ergebenden Gerechtigkeitsgebot verdanken", darf in AGB nur abgewichen werden, wenn sachliche Gründe vorliegen, die eine "abweichende Regelung als mit Recht und Billigkeit vereinbar erscheinen lassen". In welchem Maße von dem dispositiven Recht abgewichen werden dürfe, richte sich daher nach dem Gerechtigkeitsgehalt der Dispositivnormen.

Die Schwierigkeit liegt allerdings darin, daß nicht für alle in den AGB geregelten Punkte Dispositivnormen zur Verfügung stehen.

Eine bemerkenswerte Konkretisierung der Billigkeitskontrolle ist dadurch erfolgt, daß sich zu einigen Bestimmungen eine Art case law gebildet hat. Zu den wichtigsten Leitsätzen dieser Art gehören:

1) Die gesetzlich angeordneten Gewährleistungsansprüche dürfen beim Verkauf fabrikneuer Sachen an den Letztverbraucher nur für den Fall ausgeschlossen werden, daß die AGB ein Nachbesserungsrecht des Käufers vorsehen; ist eine Nachbesserung erfolgreich nicht möglich oder unterbleibt sie, kann der Käufer auf die gesetzlichen Gewährleistungsrechte zurückgreifen[1].
2) Eine Freizeichnung für grobe Fahrlässigkeit des Proponenten oder seiner leitenden Angestellten ist entgegen den Bestimmungen der §§ 276 Abs. II, 278 Satz 2 BGB nicht zulässig[2].
3) Eine Bestimmung, durch die die Beweislast bei Beschädigung des eingelagerten Gutes dem Einlagerer auferlegt wird, ist unwirksam[3].

---

1) BGHZ 22,90,95 f, 37,94,98
2) RGZ 102,396,397, 103,82,83 f; BGHZ 20,164,167 f, 38,183, 184 f
3) BGHZ 41,151,152 ff

4) Die Zulässigkeit einer Haftungsbeschränkung oder eines Haftungsausschlusses beurteilt sich danach, ob sich der Adherent wegen des aufgebürdeten Risikos versicherungsmäßig abdecken kann, und er dies normalerweise auch tut[1].

Einen sehr breiten Raum in der Diskussion über die Bestimmung der inhaltlichen Grenzen AGB nimmt die Frage ein, welche Bedeutung der Preis für die Beurteilung der Angemessenheit AGB hat, ob etwa unbillige Bestimmungen mit Rücksicht auf einen niedrigeren Preis tragbar seien[2].

Der Bundesgerichtshof hat die Frage dahin beantwortet, daß die Preise nach solchen Bedingungen kalkuliert werden müssen, "die sich mit den Geboten von Treu und Glauben vereinbaren lassen"[3]. Diese Auffassung wird allgemein im Schrifttum geteilt[4]. Zwar kann der Preis bei der Interessenabwägung eine Rolle spielen, jedoch ist der niedriger kalkulierte Preis kein Äquivalent für die unangemessene Beschränkung der Rechte des Adherenten[5].

Als rechtlich irrelevant bei der Inhaltskontrolle ist auch das Argument anzusehen, daß die AGB in der Regel durch die geschäftliche Kulanz gemildert würden[6]. Mit Recht hat Fischer[7] darauf hingewiesen, daß die Kulanz kein geeignetes Regulativ für die allzu weit reichenden Freizeichnungsklauseln ist, da dem Kunden zunächst einmal auf alle Fälle die sichere Rechtsposition genommen ist.

---

1) BGHZ 33,216,220, 38,183,186

2) Vgl. v. Brunn, Zur Schadensersatzpflicht im modernen Industrierecht, NJW 1951,103 f

3) BGHZ 22,90,98, 33,216,219 f

4) a. A. v. Brunn, Die formularmäßigen Vertragsbedingungen der deutschen Wirtschaft, S. 39;
ders., Über unlautere Geschäftsbedingungen, AcP 159,547, 550 f

5) Raiser, Das Recht der AGB, S. 290;
Lukes, JuS 1961,301,306

6) So v. Brunn, Die formularmäßigen Vertragsbedingungen der deutschen Wirtschaft, S. 60 f

7) Fischer, BB 1957,481,483

§ 10 Die Kontrolle Allgemeiner Geschäftsbedingungen durch die Verwaltung

I. Vorzüge der Verwaltungskontrolle

Der Gesetzgeber hat in einigen Fällen die Möglichkeit eröffnet, die Anwendung unangemessener Geschäftsbedingungen im Verwaltungswege zu verhindern. Die verwaltungsmäßige Kontrolle findet im Rahmen eines Genehmigungsverfahrens oder im Wege der Mißbrauchsaufsicht statt.

Die Vorzüge einer Verwaltungskontrolle liegen auf der Hand. Zum einen wird der Proponent bereits bei der Abfassung seiner Bedingungen zurückhaltender seine Vormachtstellung ausnutzen. Zum anderen erfaßt der Schutz vor unbilligen Bestimmungen alle Adherenten; gerade darin liegt ihre Überlegenheit gegenüber der richterlichen Kontrolle, die nur ausnahmsweise erfolgt, weil der Adherent in der Regel auch unangemessene Geschäftsbedingungen erfüllt. Trotzdem ist niemals ernsthaft gefordert worden, die verwaltungsmäßige Einflußnahme auf AGB schlechthin zu erstrecken.

II. Genereller Genehmigungsvorbehalt

Gegen einen generellen Genehmigungsvorbehalt - eine präventive Verwaltungskontrolle - sprechen sowohl praktische als auch rechtsdogmatische Gründe. Ein so weitgehender Eingriff in die Vertragsfreiheit ist allein bei Verträgen von allgemeiner wirtschaftlicher und insbesondere sozialer Bedeutung gerechtfertigt. Die Verwaltungskontrolle in Gestalt des Genehmigungsverfahrens blieb deshalb auch im wesentlichen auf das Versicherungs-, Bank-, Verkehrs- und Versorgungsgewerbe beschränkt. Aus praktischer Sicht wäre eine generelle präventive Verwaltungskontrolle wohl kaum durchführbar; sie würde auf jeden Fall einen sehr aufgeblähten Verwaltungsapparat erforderlich machen, da die Genehmigungspflicht sowohl ursprüngliche als auch später abgeänderte und hinzugefügte Bestimmungen umfaßte.

III. Mißbrauchsaufsicht

§ 22 des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen gibt der Kartellbehörde das Recht, in mißbräuchlich gestaltete AGB einzugreifen, sofern sie von einem marktbeherrschenden Unternehmen angewandt werden. Es erscheint erwägenswert, eine allgemeine Mißbrauchsaufsicht - unabhängig von der Marktstellung des Unternehmens - einzuführen. Sie wäre weniger einschneidend als ein genereller Genehmigungsvorbehalt, und die bloße Möglichkeit eines solchen Verfahrens würde den Proponenten zur Mäßigung anhalten. Grundlegende Bedenken, die gegen eine generelle Mißbrauchsaufsicht sprächen, sind nicht erkennbar.

§ 11 Die Einflußnahme des Gesetzgebers auf Allgemeine Geschäftsbedingungen durch Sondergesetze

Zum Schutze des Adherenten hat der Gesetzgeber in verschiedenen Sondergesetzen für bestimmte Verträge zwingende Rechtssätze erlassen; zu nennen sind insbesondere das Gesetz, betreffend die Abzahlungsgeschäfte vom 16. 5. 1894 und das Gesetz über den Versicherungsvertrag vom 30. 5. 1908. Bei Verträgen von überragender sozialer Bedeutung kann es in der Tat wünschenswert sein, im Wege der Gesetzgebung Mindestanforderungen an den Inhalt der Vertragsbedingungen zu stellen. Trotzdem sollte die Ausdehnung zwingenden Gesetzesrechts wegen der Gefahr der Rechtsstarrheit nur mit größter Zurückhaltung erfolgen.

Wesentliche Ergebnisse

I. Die Untersuchung der deutschen und französischen Rechtsordnung hat ergeben, daß der moderne Massenvertrag - der contrat d'adhésion - in beiden Rechtskreisen vor dieselben Aufgaben stellt.

Die deutsche wie auch die klassische französische Zivilrechtslehre hat die Problematik des modernen Massenvertrages stets im Rahmen des geltenden Vertragsrechts gewürdigt. Der Forderung einiger französischer Autoren, den contrat d'adhésion als eigenständiges Rechtsinstitut zu behandeln, blieb der Erfolg in der französischen Rechtsprechung versagt. Auch in der modernen französischen Zivilrechtswissenschaft wird die Antivertragstheorie nicht mehr vertreten; der von Saleilles geprägte Begriff des contrat d'adhésion hat nur noch terminologische Bedeutung.

II. Der im französischen Recht verwendete Begriff der "adhésion" kennzeichnet wie der vom Reichsgericht geprägte Begriff der "Unterwerfung" zutreffend die besondere Situation des Adherenten beim Vertragsschluß.

1) Die französischen Gerichte berücksichtigen die schwächere Position des Adherenten, indem sie genauestens prüfen, ob die Voraussetzungen der Abschlußfreiheit vorgelegen haben und der Adherent allen Bestimmungen zugestimmt hat. Bei unbilligen Bestimmungen - insbesondere sofern sie Abweichungen von der gesetzlichen Regelung zum Nachteile des Adherenten enthalten - werden die Anforderungen an das "consentement" erhöht, indem die Gerichte eine "adhésion non équivoque" fordern und dadurch bereits in vielen Fällen die Anwendbarkeit der allgemeinen Vertragsbestimmungen ausschließen. Liegt indes eine eindeutige Annahme vor, wenden die Gerichte die Bestimmungen entsprechend dem im Art. 1134 Abs. 1 C.civ. enthaltenen Gebot ungeachtet etwaiger Unbilligkeiten an.

2) Die deutschen Gerichte haben die Aufnahme AGB in den Einzelvertrag grundsätzlich nicht erschwert. Die Bindung des Adherenten an die AGB tritt ein, ohne daß es auf seine Kenntnis von ihrem Inhalt ankommt. Sie werden jedoch nur insoweit verbindlich, als sie übliche Bestimmungen enthalten. Als unüblich werden dabei solche Bestimmungen angesehen, die entweder hinsichtlich ihrer Verbreitung selten sind oder wegen ihrer Unbilligkeit ungewöhnlich wirken.

Bei fehlender Kenntnis des Adherenten von dem Bestehen AGB des Proponenten erlangen sie trotzdem Geltung, wenn der Adherent wissen mußte, daß der Proponent Geschäfte dieser Art stets nach seinen AGB abschließt. Diese Erleichterung für die Aufnahme AGB wird allerdings auf wenige Proponenten beschränkt; es sind im wesentlichen die Speditionsbetriebe, Banken, Versicherungsgesellschaften, Versorgungs- und Verkehrsbetriebe geblieben, die sich dieser Sonderstellung in der Rechtsprechung erfreuen.

III. Die Bestimmungen des modernen Massenvertrages bieten im allgemeinen für die eigentliche Auslegung wenig Raum, da sie in der Regel von Kautelar-Juristen klar und eindeutig abgefaßt werden.

1) In der französischen Rechtsprechung steht die Auslegung des contrat d'adhésion ebenso wie die des klassischen Individualvertrages ganz im Zeichen des Art. 1156 C.civ., der dem Richter gebietet, die "commune intention des parties contractantes" zu erforschen. Die richterliche Auslegungsbefugnis findet ihre feste Grenze in dem Verbot der "dénaturation d'une clause claire et précise"; klare und eindeutige Bestimmungen müssen ohne Rücksicht auf ihre Billigkeit in vollem Umfange angewandt werden. Die französischen Gerichte, die an der konkreten Rechtsnorm orientiert sind, betrachten es nicht als ihre Aufgabe, unbillige, aber eindeutige Bestimmungen im Wege der

"abschleifenden" Auslegung zu mildern. Allein unklare Bestimmungen werden stets gegen den Proponenten ausgelegt, den dadurch die Verantwortung für seine "initiative contractuelle" trifft.

2) In der deutschen Rechtsprechung erfolgt die eigentliche Auslegung der AGB auf der Grundlage der für die Vertragsauslegung geltenden allgemeinen Regeln. Die Gerichte stellen auf die Verständnismöglichkeit des angesprochenen Adherentenkreises ab und verschließen dadurch dem Proponenten die Möglichkeit, den wahren Inhalt seiner Bestimmungen zu verheimlichen. Jede Unklarheit und der geringste Widerspruch in den Bestimmungen wird gegen den Proponenten ausgelegt. Durch diese Unklarheitenregel wird der Proponent gezwungen, seine Bestimmungen klar und eindeutig abzufassen mit der weiteren Folge, daß der dem Adherenten nachteilige Inhalt der AGB offengelegt wird und damit besser durch § 138 BGB erfaßt werden kann. Bevor die Gerichte jedoch eine Bestimmung für nichtig erklären, versuchen sie zunächst, ihr unter Berufung auf § 242 BGB einen Inhalt zu geben, der mit Treu und Glauben im Einklang steht. Die Rechtsprechung hat damit das eigentliche Feld der Auslegung verlassen und unter dem Deckmantel der Vertragsauslegung eine Inhaltskontrolle vorgenommen.

IV. Die Problematik des modernen Massenvertrages erschöpft sich nicht in einer besonderen "technique contractuelle", sondern liegt in erster Linie in seiner inhaltlichen Ausgestaltung. Wegen des ungleichen Kräfteverhältnisses zwischen den Vertragspartnern besteht die Gefahr, daß der Proponent die von ihm allein wahrgenommene Gestaltungsfreiheit zum Nachteil des Adherenten mißbraucht. Die Aufgabe, den Adherenten vor solchen unbilligen Vertragsgestaltungen zu schützen, kann von den Gerichten, dem Gesetzgeber und im Wege des Genehmigungsverfahrens oder der Mißbrauchsaufsicht auch von der Verwaltung wahrgenommen werden.

1) Die französischen Zivilgerichte haben - in Übereinstimmung mit der Lehre - unter Hinweis auf Art. 1134 Abs. 1 C.civ. es stets abgelehnt, den Vertragsinhalt unter Billigkeitsgesichtspunkten zu prüfen und zu korrigieren. Unbedingte Vertragstreue und darauf beruhende weitestgehende Sicherheit des Geschäftsverkehrs ist oberstes Gebot. Es obliege ausschließlich dem Gesetzgeber, unbillige und rechtspolitisch nicht erwünschte Ergebnisse auszuschließen. Durch zahlreiche Sondergesetze hat der französische Gesetzgeber die inhaltliche Gestaltungsfreiheit des Proponenten bei Verträgen von sozialer Bedeutung in erheblichem Maße zum Schutze des Adherenten eingeschränkt.

2) Im entgegengesetzten Sinne hat die deutsche Rechtsprechung die Grundentscheidung in dem Spannungsverhältnis zwischen Rechtssicherheit und Billigkeit getroffen.

Neben der kritischen Prüfung des Inhalts AGB unter dem Deckmantel der Vertragsauslegung steht die offene Inhaltskontrolle. Das Reichsgericht knüpfte die Eingriffsmöglichkeit an die Voraussetzungen, daß der Proponent die AGB dem Adherenten unter Ausnutzung eines Monopols oder einer monopolartigen Stellung aufgenötigt hatte. Erst der Bundesgerichtshof wagte es, im Rahmen einer generellen Billigkeitskontrolle - über die Gesetzes- und Sittenwidrigkeit hinaus - auf der Grundlage der §§ 242 und 315 BGB offen in den Vertrag einzugreifen.

Letztlich machen die Gerichte nicht selten von der Möglichkeit Gebrauch, die Geltendmachung bestimmter, an sich gültiger Geschäftsbedingungen für unzulässig zu erklären, weil die Ausübung des Rechts durch den Proponenten im konkreten Falle mit Treu und Glauben unvereinbar sei.

V. Die deutsche Rechtsprechung zum Schutze des Adherenten, die in hohem Maße von den Lehren Raisers beeinflußt worden ist, verdient uneingeschränkte Zustimmung.

1) Der in der Lehre wiederholt erhobene Vorwurf, daß sich die Gerichte durch eine proponentenfreundliche Rechtsprechung zur Integrierung AGB eines sehr wirksamen Mittels begeben hätten, die Anwendung AGB im Einzelfalle zu verneinen, erweist sich bei näherer Prüfung als unbegründet. Die Gerichte bejahen zwar eine Bindung des Adherenten, ungeachtet seiner Kenntnis von ihrem Inhalt, indes bleibt die Bindung auf übliche Bestimmungen beschränkt. Genauso befriedigend werden die Fälle von der Rechtsprechung entschieden, in denen dem Adherenten die Kenntnis von dem Bestehen AGB fehlt. Mit Recht haben die Gerichte den Kreis der Proponenten, bei denen der Adherent mit dem Bestehen AGB rechnen muß, klein gehalten. Dieses Ergebnis dürfte vor allem als ein Erfolg Raisers zu werten sein, die Geltung der AGB in jenen Fällen mit der "normierenden Verkehrsitte" zu begründen, deren Bestehen der Proponent zu beweisen hat. Zu einer unerwünschten Ausweitung jenes Proponentenkreises könnte hingegen die Lehre Krauses führen, daß den Adherenten eine Obliegenheit aus sozialem Kontakt treffe, sich vor Vertragsschluß nach dem Bestehen AGB des Proponenten zu erkundigen.

2) Ebenso werden die von der Rechtsprechung entwickelten Auslegungsgrundsätze dem Wesen der AGB voll und ganz gerecht. Indem die Gerichte auf die Verständnismöglichkeit des typischen Adherenten abstellen, verschließen sie dem Proponenten die Möglichkeit, dem Adherenten den Inhalt der AGB zu verheimlichen. Die Gefahr, daß der Adherent die Tragweite der Bestimmungen nicht voll erfaßt, beruht im wesentlichen auf ihrer abstrakten Fassung, die auch Gesetzesnormen eigen ist.

3) Die Zulässigkeit einer gerichtlichen Billigkeitskontrolle Allgemeiner Vertragsbestimmungen über die Gesetzes- und Sittenwidrigkeit hinaus wird in der Lehre allgemein anerkannt. Der Eingriff in die Vertragsfreiheit ist gerechtfertigt, weil die Vertragsfreiheit als gerechtes Ordnungs-

prinzip nur anerkannt werden kann, wo die konkreten Voraussetzungen privatautonomer Regelungen gegeben sind. Diese Voraussetzungen liegen wegen der faktischen Ungleichheit zwischen den Vertragspartnern beim Vertrage auf der Grundlage AGB nicht vor; sie könnten nur dadurch wiederhergestellt werden, daß der Proponent die AGB in den Wettbewerb einbezöge. Es ist aber hinreichend bekannt, daß die AGB zu keiner Zeit Gegenstand des Wettbewerbs gewesen sind. Anerkennung verdient auch das Bemühen der Gerichte, die Inhaltskontrolle durch Aufstellen von Leitsätzen für bestimmte AGB zu konkretisieren. Die Rechtsprechung tritt damit der Gefahr mangelnder Vorhersehbarkeit der richterlichen Entscheidung wirksam entgegen. Gleichzeitig dürfte diese Methode im besonderen Maße erzieherisch auf den Proponenten wirken und damit das eigentliche Wesen des richterlichen Urteils übertreffen.

VI. Die Ergebnisse der französischen Rechtsprechung bestätigen, daß ein wirksamer Adherentenschutz ohne richterliche Inhaltskontrolle unvollkommen ist. Indes schließen das im Art. 1134 Abs. 1 C.civ. enthaltene Gebot an die Gerichte, den Vertragsinhalt in vollem Umfange anzuwenden, und das strenge Verbot der "dénaturation d'une clause claire et précise" jede richterliche Beurteilung ex aequo et bono aus. Der Proponent braucht nur darzutun, daß sich der Adherent dem Vertragsinhalt in eindeutiger Form unterworfen hat, damit der Staat als Garant der Rechtssicherheit den Vertrag vorbehaltlos sanktioniert. Diese Haltung gegenüber dem contrat d'adhésion spiegelt das allgemeine Verhältnis wieder, in dem Gesetzgebung und Rechtsprechung zueinanderstehen. Der französische Gesetzgeber hat es stets abgelehnt, den Richter durch die Aufnahme genereller Billigkeitsbestimmungen freier zu stellen; eine ähnliche Zunahme der Richtermacht, wie sie in Deutschland insbesondere auf der Grundlage der §§ 138, 157, 242, 826 BGB erfolgt ist, widerspricht zutiefst dem französischen Rechtsgeist. Die Worte des bedeutenden französischen

Rechtswissenschaftlers Ripert, daß ein richterlicher Eingriff in die Vertragsfreiheit "la pire des choses" sei, dürften allem Anscheine nach noch lange inre Gültigkeit behalten.

Lebenslauf

Ich wurde am 30. 11. 1935 als Sohn des Stellmachers Friedrich Schröder und seiner Ehefrau Charlotte, geb. Gehrke, in Blekendorf, Kreis Plön/Holstein, geboren. Nach vier Jahren Volksschule besuchte ich bis 1953 die Mittelschule, die ich mit der Mittleren Reife abschloß. Von 1953 bis 1956 erhielt ich in Kiel eine Ausbildung als Industriekaufmann; anschließend war ich 1 1/2 Jahre als Angestellter tätig.

Am 9. 5. 1957 legte ich in Kiel die Fremdenreifeprüfung ab. Mit dem Sommersemester 1957 begann ich das Studium der Staats- und Rechtswissenschaften an der Universität Kiel; die erste juristische Staatsprüfung bestand ich am 21. 12. 1961 vor dem Oberlandesgericht Schleswig mit der Note "befriedigend".

Seit dem 1. 2. 1962 bin ich im juristischen Vorbereitungsdienst, den ich durch Aufenthalte in Luxemburg - 6 Wochen - und Frankreich - 9 Monate - unterbrochen habe. Vom 1. 11. 1963 bis zum 28. 2. 1966 war ich gastweise im Bezirk des Oberlandesgerichts Celle zur Ausbildung bei gleichzeitiger Tätigkeit als wissenschaftlicher Hilfskraft an der Universität Göttingen. Zur Zeit absolviere ich meine letzte Ausbildungsstation am Oberlandesgericht in Schleswig.

Georg Schröder